

Universidades Lusíada

Cardoso, José António Martins Lucas, 1964-

**Do problema dos conceitos jurídicos
indeterminados em direito administrativo : para
uma análise dos limites funcionais da jurisdição
administrativa**

<http://hdl.handle.net/11067/4832>

<https://doi.org/10.34628/0m05-vw35>

Metadados

Data de Publicação	1994
Palavras Chave	Direito administrativo - Portugal
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ILID-CEJEA] Polis, n. 01 (1994)

Esta página foi gerada automaticamente em 2023-05-05T03:56:51Z com
informação proveniente do Repositório

DO PROBLEMA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS EM DIREITO ADMINISTRATIVO (**)

**Para uma análise dos limites funcionais
da jurisdição administrativa**

SUMÁRIO:

1. As indeterminações normativas. 2. Natureza jurídica da operação de densificação dos conceitos jurídicos indeterminados.
- 2.1 Teorias monistas. 2.2. Teorias dualistas. 2.3. A situação actual.
3. Sindicabilidade judicial da decisão administrativa de densificação dos conceitos jurídicos indeterminados.
- Conclusões.
- Bibliografia.

0. Introdução

Ao iniciarmos a redução a escrito do texto que condensa a nossa exposição oral sobre as questões específicas levantadas pela interpretação de conceitos jurídicos indeterminados em Direito Administrativo não podemos deixar de recordar o que um autor português escreveu no início do nosso século.

A abrir a sua dissertação de doutoramento, escreveu MANUEL DE ANDRADE: «Dispensável se torna encarecer a importância decisiva que em todo o âmbito do jurídico reveste a doutrina da interpretação das leis. Pode afirmar-se que nenhum problema tem mais interesse, nem tanto, para os cultores do direito positivo. Porque, verdadeiramente, na base de todos os

(*) Assistente da Universidade Lusíada e da Universidade Internacional.

(**) Relatório elaborado no âmbito do seminário de Direito Administrativo, orientado pelo Prof. José Manuel Sérvulo Correia, do Curso de Mestrado em Ciências do Direito Público da Universidade Lusíada no ano lectivo de 1992/1993.

outros, está o problema de interpretar leis: todos os outros postulam a solução deste» ⁽¹⁾.

O tema do presente trabalho, na sequência da exposição oral feita durante o seminário de Direito Administrativo a que agora se procura dar forma de letra, tem por objecto averiguar se, e em que medida, os tribunais podem rever a interpretação, feita pelos órgãos da Administração Pública, de normas jurídicas que empregam conceitos indeterminados. Isto é, o nosso estudo pretende analisar, no tocante particularmente a este assunto, «não só até onde os tribunais devem controlar a actividade da Administração, mas também até onde lhes é lícito controlá-la, de modo que a Administração possa efectivamente actuar» ⁽²⁾. cremos que a opção tomada está patenteada no título dado ao trabalho: «Para uma análise dos limites funcionais da jurisdição administrativa» ⁽³⁾.

Delimitado o objecto do nosso estudo nestes termos, é visível que não se pretende, dentro do âmbito deste trabalho, proceder à elaboração de uma «teoria geral da interpretação dos conceitos indeterminados» e muito menos a uma investigação genérica sobre a interpretação das normas em Direito Administrativo ⁽⁴⁾.

A redução do objecto do trabalho à sua dimensão inicial, que é aliás aquela que melhor se integra no âmbito do seminário, constitui em nós o

⁽¹⁾ MANUEL DE ANDRADE; *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das leis*, Coimbra 1934, p. 7. O método adoptado quanto às citações bibliográficas é o seguinte: na primeira citação é feita referência completa à obra, nas citações seguintes é feita referência somente ao autor, excepto se forem citadas mais de uma obra do mesmo autor pois nesse caso será também mencionado o respectivo título; no índice bibliográfico será feita citação completa de todas as obras.

⁽²⁾ Usamos uma expressão de NUNO PIÇARRA; *A Reserva de Administração*, in *O Direito*, ano 122.º, Lisboa 1990, p. 330.

⁽³⁾ Limites funcionais da jurisdição administrativa, segundo a definição de A. BARBOSA DE MELO que aqui se adopta, «consistem nas limitações cognitivas e decisórias impostas aos tribunais administrativos decorrentes da missão própria e específica de que em geral a lei os incumbe em relação às actividades «iure público» da Administração»; cfr., *Direito Administrativo II — A protecção dos cidadãos perante a administração pública* (policopiado), Coimbra 1987, p. 63.

⁽⁴⁾ Sobre a interpretação das normas de Direito Administrativo, V. AFONSO R. QUEIRÓ; *O poder discricionário da Administração*, Coimbra 1944, p. 19 e ss. e *Lições de Direito Administrativo* (policopiado), vol. I, Coimbra 1976, p. 545 e ss. e MARCELLO CAETANO; *O problema do método no Direito Administrativo Português*, in *O Direito*, ano 106.º-119.º, Lisboa 1987, p. 479 e ss., máx. 504 e ss. e *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Lisboa 1984, p. 65 e ss..

ônus de justificar o motivo da citação a que se procedeu na abertura deste texto. Com esta citação pretendeu-se ilustrar não tanto a complexidade do problema em causa como a importância que reveste dada a sua condição de matéria nuclear da Ciência do Direito ⁽⁵⁾.

Os conceitos jurídicos indeterminados que, seguindo a definição proposta por KARL ENGISH, são «conceitos cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos» ⁽⁶⁾ consubstanciam uma parcela do ordenamento jurídico na qual a hermenêutica jurídica assume características específicas devido à impossibilidade com que os órgãos aplicadores do Direito deparam em fazer decorrer a sua decisão da mera subsunção de uma situação da vida a uma premissa legal. Nestes casos em que o aplicador do Direito tem dificuldade em encontrar o argumento determinante para a solução na medida em que não se encontram perante um conceito jurídico fixo, estamos perante uma situação na qual MENEZES CORDEIRO defende a necessidade de «trabalhar com modelos de decisão fluídos, em que o arbítrio do intérprete-aplicador cresce na razão inversa dos argumentos disponíveis» ⁽⁷⁾.

A problemática da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados não constitui um problema específico de Direito Administrativo. Apesar da sua relevância em todos os campos da Ciência do Direito, assistimos contudo a uma mutabilidade dos contornos que enformam a questão ao longo dos vários ramos de Direito.

No Direito Civil, a questão assume relevo específico em matéria de interpretação do conteúdo das cláusulas contratuais. Apesar de se tratar de um ramo de Direito privado ⁽⁸⁾, sede onde vigora a regra «básica da liberdade contratual como expressão por excelência da autonomia privada» ⁽⁹⁾,

⁽⁵⁾ Sobre a interpretação das normas jurídicas V., para além de MANUEL DE ANDRADE; Op. cit., KARL LARENZ; *Metodologia da Ciência do Direito* (tradução portuguesa), Lisboa 1989, máx. p. 375 e ss.. Na doutrina portuguesa V., mais recentemente sobre esta matéria, JOSÉ LAMEGO; *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa 1990.

⁽⁶⁾ KARL ENGISH; *Introdução ao pensamento jurídico* (tradução portuguesa), Lisboa 1988, p. 208.

⁽⁷⁾ A. MENEZES CORDEIRO; *Tendências Actuais da Interpretação da Lei: do Juiz-Autómata aos Modelos de Decisão Jurídica*, in *Revista Jurídica* n.º 9/10, Lisboa 1987, p. 13.

⁽⁸⁾ Sobre a distinção entre Direito privado e Direito público, V., por todos, DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Direito Público*, in *Pólis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, Lisboa 1984, col. 543 e ss..

⁽⁹⁾ A expressão é de HEINRICH E. HORESTER; *Direito Privado*, in *Pólis*, vol. II, Lisboa 1984, col. 529.

tem sido levantado o problema do controlo do conteúdo dos contratos pelo juiz na sequência da evolução do entendimento doutrinário acerca do papel da função jurisdicional. Na doutrina portuguesa, MENEZES CORDEIRO defende a sindicabilidade judicial do conteúdo das cláusulas contratuais com fundamento no imperativo de agir segundo os ditames da boa fé ⁽¹⁰⁾.

Em sede de Direito Penal, o problema dos conceitos jurídicos indeterminados situa-se fundamentalmente a nível de política legislativa. Atendendo ao princípio da legalidade ⁽¹¹⁾, mais concretamente ao seu corolário «nullu crimen sine lege certa», a doutrina criminalista vem falando numa «tendência para a maximização na determinação da lei penal» ⁽¹²⁾.

Mas enquanto no Direito Penal vigora o princípio constitucional do «monopólio da função jurisdicional» ⁽¹³⁾, no Direito Administrativo encontramos dois tipos de órgãos aplicadores das normas legais: os órgãos da Administração Pública e os tribunais. Daí levantarem-se alguns problemas específicos em sede deste ramo de Direito que tentaremos analisar e sistematizar ao longo do presente trabalho.

A especificidade da questão no Direito Administrativo deverá ser analisada sobre duas perspectivas.

Em primeiro lugar e uma vez que estamos perante uma situação na qual «os juízes e funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões através da subsunção a conceitos jurídicos fixos (...) mas antes são chamados a valorar autonomamente» ⁽¹⁴⁾, levanta-se a dúvida de saber, à luz dos princípios constitucionais do Estado de Direito e da sepa-

⁽¹⁰⁾ Cfr., A. MENEZES CORDEIRO; *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. I, Lisboa 1984, p. 648 e ss., máx. 653. Especificamente sobre o conceito «equidade», V. do mesmo autor, *A decisão segundo a equidade*, in *O Direito*, ano 122.º, Lisboa 1990, p. 261 e ss..

⁽¹¹⁾ Sobre o princípio da legalidade em Direito Penal V., por todos, M. CAVALEIRO DE FERREIRA; *Lições de Direito Penal*, vol I, Lisboa 1988, p. 14.

⁽¹²⁾ A expressão é de MANUEL LOPES ROCHA; *Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço*, in «*Jornadas de Direito Criminal*», Lisboa 1984, p. 91. Nesta matéria, está em causa fundamentalmente o «princípio da segurança jurídica dos cidadãos» na sua vertente «princípio da precisão ou determinabilidade das leis» como subprincípios concretizadores do «princípio do Estado de Direito», cfr. J. J. GOMES CANOTILHO; *Direito Constitucional*, Coimbra 1991, p. 375.

⁽¹³⁾ Cfr., J. DE FIGUEIREDO DIAS; *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, in «*Jornadas de Direito Processual Penal — o novo Código de Processo Penal*», Coimbra 1989, p. 16.

⁽¹⁴⁾ Cfr., KARL ENGISH; *Op. cit.*, p. 207.

ração de poderes, qual destes órgãos está mais apto e simultaneamente está preferencialmente legitimado para proceder a esta valoração autónoma ⁽¹⁵⁾. Numa palavra, trata-se de um poder vinculado ou, pelo contrário, de um poder discricionário da administração?

No caso de prevalecer a primeira solução, levanta-se posteriormente a dúvida de saber se a actividade de interpretação das normas é sindicável contenciosamente ⁽¹⁶⁾.

O tema que nos propomos tratar desenvolve-se como uma batalha em duas frentes, pois, além de aflorar o tema genérico da hermenêutica jurídica, está infiltrado na «magna quaestio» da Ciência do Direito Administrativo (: o poder discricionário da administração), e é nessa perspectiva que vai ser abordado. Isto é, a par da relevância no campo do princípio da legalidade, vão ser analisadas as influências da hermenêutica jurídica nesta questão.

Devido a esta sua feição interdisciplinar, o tema tem conhecido diversas abordagens, quer doutrinárias quer jurisprudenciais, apontando a orientação dominante em cada momento o azimuth da doutrina prevalecente em relação aos dois temas conexos e consequentemente sofrendo o reflexo das respectivas vicissitudes.

Feitas estas considerações introdutórias, é chegado o momento de esboçar uma sistematização para o nosso estudo. Propomo-nos fazer uma análise do tema ao longo de três momentos distintos mas consequentes.

Num primeiro momento, o estudo vai centrar-se na busca de uma definição material de conceito indeterminado, procedendo-se ainda ao seu confronto com outras espécies de indeterminações normativas. Esta análise debruçar-se-á não só sobre a classificação das indeterminações como também se orientará no sentido de procurar uma razão material para a sua existência.

⁽¹⁵⁾ Esta é a tese de OSSENBUHL, cit. por FERNANDO AZEVEDO MOREIRA; *Conceitos indeterminados: sua sindicabilidade contenciosa*, in *Revista de Direito Público*, n.º 1, Lisboa 1985, p. 52.

⁽¹⁶⁾ A distinção a que procedemos é baseada na lição de DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Direito Administrativo* (policopiado), vol. II, Lisboa 1988, p. 163 e ss. e 189 e ss., onde o autor chama a atenção para a necessidade de distinguir a natureza e o regime jurídico das figuras. No fundo, é também a esta distinção que se refere J. C. VIEIRA DE ANDRADE ao defender a não identificação entre juridicidade e justiciabilidade; *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra 1991, p. 390.

Numa segunda fase, o objecto será averiguar a natureza jurídica da operação comumente designada por densificação ⁽¹⁷⁾ dos conceitos indeterminados centrando a nossa atenção nas questões específicas levantadas em sede de Direito Administrativo acima afloradas.

Posteriormente a esta análise da natureza jurídica, procederemos ao estudo do respectivo regime mediante a análise de posições jurisprudenciais.

1. As indeterminações normativas

A determinação, como característica da norma jurídica, terá que ser investigada a partir da análise da estrutura e conteúdo dessa norma.

As dificuldades de aplicação do Direito segundo um processo silogístico mediante o qual seria possível obter uma conclusão a partir da subsunção de uma situação fáctica a uma norma legal surgem a partir do momento em que se constata que existem normas cujo enunciado linguístico de «per si» não tem aptidão suficiente para fornecer os dados necessários à decisão do caso concreto ⁽¹⁸⁾. Surgem deste modo as normas jurídicas indeterminadas por oposição ao «ius strictum». As indeterminações normativas podem ser reduzidas a dois géneros básicos.

O primeiro compreende as indeterminações inerentes à estrutura da norma, enquanto que o segundo se refere às indeterminações que resultam do estilo ou modo de formulação dessa norma. No primeiro caso estamos perante as indeterminações estruturais, enquanto a segunda situação compreende as indeterminações conceituais ⁽¹⁹⁾.

No tocante às indeterminações estruturais, a nossa análise começará por uma referência à estrutura da norma jurídica ⁽²⁰⁾. Deste modo, a norma

⁽¹⁷⁾ A expressão é usada por J. J. GOMES CANOTILHO; *Direito Constitucional*, p. 209 com o significado de «preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos»; cremos que o termo pode ser utilizado para as normas jurídicas em geral.

⁽¹⁸⁾ Sobre este método de aplicação do Direito cfr. as considerações feitas em 2. O problema é levantado por KARL ENGISH numa passagem já citada, cfr. n. 14.

⁽¹⁹⁾ Seguimos assim a classificação de A. BARBOSA DE MELO; *Direito Administrativo II*, p. 72.

⁽²⁰⁾ Sobre a estrutura da norma jurídica, v., por todos, JOÃO DE CASTRO MENDES; *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa 1984, p. 48 e ss..

compreende duas partes, consistindo a primeira na representação do evento ou situação da vida (previsão), enquanto na segunda é estabelecida uma conduta consequente (estatuição) ⁽²¹⁾. Estas duas partes estão ligadas entre si por um elemento que define o tipo de relação entre elas. Por este meio podemos classificar as normas em imperativas, que impõem um dever, e permissivas, que estabelecem uma faculdade. Quanto às primeiras, o elemento de ligação exprime-se em termos de «deve» ou «não deve» consoante a norma seja perceptiva ou proibitiva ⁽²²⁾, mas a actuação do aplicador é sempre vinculada. Por seu turno, a diferença específica do segundo grupo de normas reside no facto do seu elemento de ligação se identificar pelo termo «pode» ⁽²³⁾, aqui estamos perante as indeterminações estruturais.

As indeterminações conceituais são consequência do facto de o legislador utilizar certas expressões cujo exacto conteúdo só pode ser fixado mediante uma prévia operação de «preenchimento valorativo» ⁽²⁴⁾. Dentro do género indeterminações conceituais deverão ser individualizadas algumas espécies.

A primeira distinção a levar a cabo distingue conceitos indeterminados e cláusulas gerais e deve ser feita nos termos que passamos a enunciar ⁽²⁵⁾. Os conceitos indeterminados correspondem a um «processo casuístico de tipificação das situações a regular» ⁽²⁶⁾ mas é o próprio conceito em si que se caracteriza pela incerteza do seu conteúdo ou, se preferirmos, pela sua natureza incompleta. As cláusulas gerais são expressão de uma regulação bastante geral e bastante abstracta ou, de outro modo, de um processo de concentração de situações da vida numa única previsão normativa ⁽²⁷⁾.

⁽²¹⁾ Ibidem.

⁽²²⁾ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO; *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra 1990, p. 93.

⁽²³⁾ Ibidem.

⁽²⁴⁾ A expressão é de J. BAPTISTA MACHADO; Op. cit., p. 114.

⁽²⁵⁾ Para outras classificações, cfr. KARL ENGISH; Op. cit., p. 208 e HANS KELSEN; *Teoria Pura do Direito* (tradução portuguesa), Coimbra 1984, p. 464 e ss..

⁽²⁶⁾ Seguindo a expressão de J. BAPTISTA MACHADO; Op. cit., p. 116.

⁽²⁷⁾ Não se contesta aqui a generalidade e abstracção como característica da previsão de toda a norma, apenas se deseja aferir o seu «quantum». Em sentido análogo se pronuncia FERNANDO AZEVEDO MOREIRA; Op. cit., p. 31, ao falar em «concentração dos pressupostos da norma».

Os conceitos indeterminados são passíveis de várias classificações. A primeira distinção a levar a cabo reporta-se ao «complexo referencial» do conceito ⁽²⁸⁾ e permite-nos distinguir conceitos normativos de conceitos descritivos. Os primeiros são concretizáveis mediante recurso a normas jurídicas enquanto os segundos se reportam a dados de experiência ⁽²⁹⁾.

Outra distinção proposta que obedece ao critério do «método de concretização» ⁽³⁰⁾ do conceito leva a distinguir conceito vinculante e conceito discricionário, a distinção entre estas duas espécies, segundo KARL ENGISH, está no carácter, respectivamente, objectivo ou subjectivo da valoração ⁽³¹⁾.

Classificação assente em critérios algo diversos é a proposta por ROGÉRIO EHRHARDT SOARES uma vez que se baseia na «diferente natureza da imprecisão» ⁽³²⁾. O autor procede à distinção entre conceitos classificatórios e conceitos imprecisos-tipo. Os primeiros «referem-se a situações individualizáveis como constitutivas de uma classe, isto é uma soma de acontecimentos substancialmente idênticos» ⁽³³⁾, enquanto os segundos «apontam para um tipo difuso de situações da vida» pretendendo apenas dar uma «imagem significativa» e não referir-se à totalidade do grupo de situações ⁽³⁴⁾. Para ROGÉRIO SOARES só estes últimos conceitos são verdadeiramente indeterminados pois no primeiro caso a pretensa imprecisão pode ser resolvida em sede interpretativa ⁽³⁵⁾.

⁽²⁸⁾ A expressão é de M.^a LUÍSA DUARTE; *A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados*, in *Boletim do ministério de Justiça*, n.º 370, Lisboa 1987, p. 21. Obs.: as páginas deste artigo citadas seguem a numeração de uma separata.

⁽²⁹⁾ Cfr., LUÍSA DUARTE; *Ibidem* e KARL LARENZ; *Op. cit.*, p. 210 e ss. e v. exemplos aí apontados.

⁽³⁰⁾ Adoptamos novamente uma expressão de LUÍSA DUARTE; *Ibidem*.

⁽³¹⁾ KARL ENGISH; *Op. cit.*, p. 213 e ss.. No mesmo sentido, AFONSO QUEIRÓ; *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, p. 585, identifica conceitos discricionários com conceitos subjectivos.

⁽³²⁾ ROGÉRIO E. SOARES; «*Direito Administrativo I*» (policopiado), Porto s.d. (mas 1980), p. 59.

⁽³³⁾ *Idem*, p. 62.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ Cfr. *ibidem*. Esta é a tese de WALTER SCHMIDT, perfilhada entre nós também por J. M. SÉRVULO CORREIA; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra 1987, p. 474.

O autor chama ainda a atenção para distinguir dentro dos conceitos classificatórios as seguintes espécies:

i) conceitos descritivos-empíricos cujo conteúdo, embora não se apresente imediatamente ao intérprete, pode ser fixado «objectivamente com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos ou técnicos de certo ramo» ⁽³⁶⁾.

ii) conceitos cuja indeterminação se traduz na «remissão para figuras jurídicas de limites elásticos» e que «podem ser preenchidos com um elevado grau de objectividade» ⁽³⁷⁾.

iii) conceitos que se reportam a «situações definíveis em consideração de circunstâncias de tempo e lugar» ⁽³⁸⁾.

Após esta análise das indeterminações da norma jurídica é chegado o momento de proceder ao estudo das questões específicas que levanta a actividade conducente à sua densificação; análise esta que tendo em conta o objecto do nosso trabalho, gravitará em torno da relevância jusadministrativa da questão.

2. Natureza jurídica da operação de densificação dos conceitos jurídicos indeterminados.

A análise do problema da interpretação e densificação dos conceitos indeterminados pela doutrina jusadministrativista tem andado ligada ao estudo do poder discricionário da Administração. Pese embora as múltiplas posições sobre o assunto, estas podem ser reconduzidas a dois grupos. Por um lado, os autores que situam esta operação no hemisfério do poder discricionário e, por outro lado, aqueles que lhe negam essa natureza ⁽³⁹⁾. As

⁽³⁶⁾ Idem, p. 59.

⁽³⁷⁾ Idem, p. 61.

⁽³⁸⁾ Ibidem.

⁽³⁹⁾ Quanto à natureza jurídica da discricionariedade administrativa, seguimos aqueles autores que, como J. C. VIEIRA DE ANDRADE, defendem resultar esta duma «concessão legislativa à Administração de um poder próprio na decisão de casos concretos»; «*O ordenamento jurídico administrativo português*», in «*Contencioso Administrativo*», Braga 1986, p. 42. Excede o âmbito do presente trabalho, tendo em conta os contornos que lhe delineamos (cfr. introdução), a elaboração de um estudo dogmático sobre a natu-

«posições primitivas» ⁽⁴⁰⁾ acabadas de citar correspondem respectivamente, segundo uma designação corrente, às teorias monistas e dualistas que passamos a identificar.

2.1. *Teorias monistas*

Historicamente foi esta a primeira doutrina sobre o problema dos conceitos indeterminados. Segundo os defensores desta tese, o emprego de conceitos indeterminados pelo legislador no momento da elaboração da lei conferia aos agentes administrativos um poder discricionário, daí a designação de monismo metodológico uma vez que conceitualmente estas realidades não apresentavam diferenças.

Os fundamentos desta posição podem ser encontrados em dois campos. Por um lado, a nível da Ciência do Direito, é notória a influência do positivismo jurídico na sua versão mais elaborada (: a Jurisprudência dos Conceitos). Esta escola concebe o Direito como um corpo de normas fechado e auto-suficiente, isto é, que contém dentro de si as virtualidades para regular toda e qualquer hipótese. Deste modo, a ordem jurídica é concebida como «uma pirâmide de conceitos estruturada segundo as regras da lógica formal. O processo de conhecimento juscientífico cifra-se no percurso de várias escalas ascendentes e descendentes, que dão conta da origem, extensão e compreensão dos conceitos fundamentais» ⁽⁴¹⁾. A influência destas doutrinas no tema em análise pode ser descrita do seguinte modo: a aplica-

reza do poder discricionário da Administração, apenas lhe serão feitas as menções que se mostrem relevantes para o tema em análise. O tema da discricionariedade e o correlativo princípio da legalidade tem sido objecto de frequentes estudos doutrinários. O primeiro autor a elaborar um estudo sistematizado sobre o tema foi AFONSO R. QUEIRÓ; «*O poder discricionário da administração*», cit.. Sobre este tema, cfr. na doutrina portuguesa, entre outras, as posições de ROGÉRIO E. SOARES; *Interesse público legalidade e mérito*, Coimbra 1955; DIOGO FREITAS DO AMARAL; «*(Princípio da) Legalidade*», in «*Pólis*», vol. III, Lisboa 1985, col. 975 e ss.; J. M. SÉRVULO CORREIA; «*Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*», cit.; ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA; *A Discricionariedade Administrativa*, Lisboa 1987 e RUI MACHETE; *Contencioso administrativo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. II, Lisboa 1990, p. 693 e ss., máx. 699 e ss.

⁽⁴⁰⁾ Segundo a expressão de ROGÉRIO E. SOARES; «*Direito Administrativo I*», p. 58.

⁽⁴¹⁾ Cfr., JOSÉ LAMEGO; Op. cit., p. 30. Sobre a Jurisprudência dos Conceitos pode ver-se, KARL LARENZ; Op. cit., p. 19 e ss. e NUNO ESPINOSA G. SILVA; «*Jurisprudência*

ção da norma jurídica deveria ser feita mediante um raciocínio silogístico em que esta mesma norma seria a premissa maior, enquanto que a premissa menor compreenderia a situação de facto «sub judice»; definidas estas premissas, a decisão seria elaborada «mediante operações lógico-conceituais de determinação significativa e operações lógico-dedutivas de conclusão necessária» ⁽⁴²⁾. Consequentemente em qualquer situação que o agente administrativo deparasse com uma norma cujo enunciado linguístico se mostrasse de «per si» insuficiente, isto é, não fornecesse todos os dados que permitissem a elaboração duma conclusão mediante a simples subsunção de uma premissa menor, atravessaria a fronteira do hemisfério do Direito e passaria a agir com fundamento num poder próprio. Tendo em conta que os tribunais teriam por missão somente a aplicação do Direito, estariam inibidos de sindicar a decisão administrativa de preenchimento do conceito indeterminado.

A ideia defendida, segundo a qual o agente passaria a agir legitimado por um poder próprio, permite-nos fazer a ligação ao outro fundamento desta doutrina que reveste natureza político-constitucional. Com efeito, afirmar-se a existência de um poder próprio dos agentes administrativos é um afloramento da perfilhação duma teoria autocrática da legitimidade da Administração Pública, teoria esta que fundamenta o poder da Administração no âmbito da forma de governo ⁽⁴³⁾ designada entre os cultores da Ciência Política por monarquia limitada ⁽⁴⁴⁾. A monarquia limitada é definida por MAURICE DUVERGER como «um regime em que existe um Parlamento que possui um certo poder legislativo (...) e que contrabalançava assim, em certa medida o poder real. Mas o rei continua a governar por si próprio, ou

dos Conceitos», in «*Pólis*», vol. III, col. 850 e ss. A concepção da Ciência do Direito como disciplina dogmático-exegética foi defendida, embora em termos algo diversos (cfr. JOSÉ LAMEGO; *ibidem*), em França pela Escola da Exegese; sobre esta escola, cfr. A. CASTANHEIRA NEVES; «*Escola da Exegese*», in «*Polis*», vol. II, col. 1042 e ss.

⁽⁴²⁾ Cfr., A. CASTANHEIRA NEVES; *Ibidem*, col. 1042.

⁽⁴³⁾ O conceito de forma de governo não é unívoco na doutrina, por este motivo esclarecemos que adoptamos aqui a terminologia de JORGE MIRANDA; *Ciência Política* (policopiado), Lisboa 1983, p. 16: «a relação política fundamental, que é a relação entre governantes e governados».

⁽⁴⁴⁾ A posição sustentada é imputável a PAULO OTERO; *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra 1992, p. 315, onde o autor defende que na monarquia limitada a legitimidade de toda a administração pública seria o poder próprio do monarca.

por intermédio de ministros que apenas dependem dele» ⁽⁴⁵⁾, por isso «embora se aceite a separação de poderes, ela só se verifica no domínio deixado às instituições representativas. Em tudo o mais subsiste uma ideia de unidade política assente no rei» ⁽⁴⁶⁾. Daí poder-se dizer que o desiderato de toda a Administração Pública em sentido orgânico ⁽⁴⁷⁾ é a prossecução da vontade do seu órgão de topo (: o rei) ⁽⁴⁸⁾.

O aspecto acabado de referir releva para o nosso tema na medida em que sempre que uma lei compreendesse um conteúdo incompleto, isso significaria que órgão legislativo não havia regulado toda a matéria e desse modo o «adicional» dos critérios da decisão no caso concreto seria fornecido pela vontade do monarca com fundamento na sua competência residual ⁽⁴⁹⁾ ⁽⁵⁰⁾, vontade real que seria manifestada pelos órgãos da Administração ⁽⁵¹⁾. Deste modo os tribunais, também eles «subordinados» ao princípio monárquico que dominava todo o sistema político, não poderiam sindicá-la esta decisão ⁽⁵²⁾.

As teorias monistas, isto é, que afirmam a natureza análoga das normas redigidas com recurso à utilização de conceitos não fixos e daquelas que conferem poderes discricionários aos órgãos administrativos, foi abando-

⁽⁴⁵⁾ MAURICE DUVERGER; *Os Grandes Sistemas Políticos* (tradução portuguesa), Coimbra 1985, p. 139.

⁽⁴⁶⁾ JORGE MIRANDA; *Ciência Política*, p. 170. Sobre a conjuntura que permitiu a manutenção deste regime nos Estados alemães (e na Austria), cfr. JORGE MIRANDA; *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, Coimbra 1985, p. 189.

⁽⁴⁷⁾ O conceito é adoptado com o sentido que lhe é dado por DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra 1987, p. 34.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. PAULO OTERO; *Op. cit.*, p. 316.

⁽⁴⁹⁾ Competência residual significa que «o monarca beneficiava, face ao legislativo, de uma presunção de competência segundo a qual lhe cabiam todas as atribuições e competências que a Constituição não reservava expressamente a outros órgãos de soberania»; cfr., J. M. SÉRVULO CORREIA; *Noções de Direito Administrativo*. Lisboa 1982, p. 22.

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, LEMAYER «defendia que a pura indeterminação dos comandos normativos não atribuída à Administração um poder discricionário, mas que era este mesmo poder que lhe permitia, nos casos excluídos do controlo judicial, colmatar a «lacuna» da falta de precisão dos conceitos (indeterminados) constantes dos «Tatbestände» legais», cit. por FERNANDO AZEVEDO MOREIRA; *Op. cit.*, p. 44.

⁽⁵¹⁾ Cfr., PAULO OTERO; *Op. cit.*, p. 316.

⁽⁵²⁾ A ideia aqui subjacente é semelhante aquela que foi defendida por JORGE MIRANDA; *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, Lisboa 1968, p. 43, embora este autor se pronunciasse no plano da fiscalização da constitucionalidade das leis.

nada na sequência do declínio das doutrinas que a sustentavam, respectivamente, a nível metodológico a descrença na lógica formal grata à Jurisprudência dos Conceitos e a nível político a alteração verificada nos sistemas jurídico-constitucionais dos Estados europeus, mormente na Alemanha onde a monarquia limitada conheceu o seu expoente máximo e simultaneamente ⁽⁵³⁾ onde a juspublicística mais trabalhou estas questões.

2.2. *Teorias dualistas*

Nos antípodas das teorias acabadas de descrever, situam-se aqueles autores que defendem ter a interpretação dos conceitos indeterminados compreendidos em normas legais natureza diversa do poder discricionário da Administração na medida em que a interpretação seria ainda uma tarefa estritamente jurídica, enquanto que a decisão emitida no exercício dum poder discricionário seria essencialmente livre. Se monismo metodológico era a expressão correcta para designar a doutrina anterior, compreensivelmente esta última é identificada como dualista.

As doutrinas dualistas fundamentar-se-ão em pressupostos filosóficos diversos daqueles que apontamos como inspiradores da teoria anterior, deste modo poderá seguramente afirmar-se que no campo da hermenêutica jurídica a Jurisprudência dos Interesses está na sua génese, enquanto que no plano jurídico-constitucional tem subjacente uma ideia de submissão da Administração ao Parlamento.

A Jurisprudência dos Interesses, dentro da ideia de privilegiar «o primado da investigação da vida» sobre o «primado da lógica», entendia a lei como a decisão do legislador sobre determinados interesses da vida, de modo que o interprete deveria atender não só ao respectivo texto como aos interesses subjacentes e critérios de ponderação dos mesmos ⁽⁵⁴⁾. Por este motivo é comum dizer-se que a Jurisprudência dos Interesses não rompe por completo com o «formalismo», uma vez que continua a sustentar que «a decisão deve ser inferida de uma premissa maior: só que esta não é dada de antemão na lei, mas deve ser conformada pelo juiz, tendo em atenção os

⁽⁵³⁾ «Et pour cause».

⁽⁵⁴⁾ Cfr., A. CASTANHEIRA NEVES; *Jurisprudência dos Interesses*, in «Polis», vol. III, col. 854. Sobre esta escola, pode ver-se ainda KARL LARENZ; Op. cit., p. 50 e ss.

critérios de ponderação de interesse avançados pelo legislador. A subsunção a essa premissa maior não é de índole lógica mas teleológica»⁽⁵⁵⁾.

Poder-se-á afirmar que se o monismo metodológico fora um fiel depositário da Jurisprudência dos Conceitos, o dualismo foi sem dúvida comodatário da Jurisprudência dos Interesses na medida em que estes autores defendiam ser interpretação da norma (e a integração de lacunas) sempre uma tarefa puramente jurídica, isto é, buscava uma solução no quadro legal, o que já não significava necessariamente na estrita letra da lei pois o órgão aplicador poderia e deveria ponderar os interesses da vida subjacentes à norma tendo em conta os demais elementos da hermenêutica jurídica, logo a vontade do órgão executivo não relevava para a densificação da norma.

A ideia exposta foi introduzida na doutrina portuguesa por AFONSO QUEIRÓ ao afirmar que «nas hipóteses de lacunas involuntárias ou deficiências de regulamentação do legislador (...) os agentes executivos não devem considerar-se como detendo um poder discricionário mas um poder ligado (...) descobrir pela «ratio legis» e pelos outros elementos de interpretação o pensamento real do legislador»⁽⁵⁶⁾. O autor veio a reforçar a tese de que os conceitos indeterminados não conferem um poder discricionário defendendo que a sua inserção nos textos legais não resultaria de uma vontade do legislador mas da «impossibilidade prática (...) em que o legislador frequentemente se encontra, de enunciar, com toda a nitidez, com todo o rigor quer as circunstâncias ou pressupostos-de-facto (...) quer as finalidades a realizar pelos órgãos da Administração»⁽⁵⁷⁾. Deste modo, a interpretação, além de logicamente distinta, seria cronologicamente anterior ao exercício do poder discricionário porque só após o agente ter apurado o verdadeiro sentido da norma poderia conhecer a natureza do poder que esta lhe concedia⁽⁵⁸⁾.

Os métodos de trabalhar o Direito propostos pela Escola de Tubinga vão contribuir para um entendimento diverso das relações Administra-

⁽⁵⁵⁾ JOSÉ LAMEGO; Op. cit., p. 43.

⁽⁵⁶⁾ AFONSO QUEIRÓ; «*O poder discricionário da administração*», p. 261. Não será estranha esta atitude de AFONSO QUEIRÓ em virtude das influências da Escola de Tubinga em todo o pensamento do lente coimbrão; cfr. a observação feita a este propósito por MARCELLO CAETANO; *O problema do método no Direito Administrativo Português*, p. 503.

⁽⁵⁷⁾ AFONSO QUEIRÓ; *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, ano XLI, 1965, p. 84.

⁽⁵⁸⁾ Idem, p. 85.

ção/Jurisdição pois o abandono da ideia segundo a qual os juízes deveriam ser «les bouches qui prononcent les paroles de la loi» ⁽⁵⁹⁾, a par de uma «Administração que, entretanto, pelo avolumar e fortalecer das exigências do «Estado de Direito», se fora colocando progressivamente em cada vez maior subordinação às directivas do legislador (...). Os novos tempos foram, efectivamente, por uma maior discricionariedade na Justiça e por uma menor discricionariedade na Administração» ⁽⁶⁰⁾.

A par de um novo entendimento das relações Administração/Juiz, releva ainda ⁽⁶¹⁾, um novo entendimento das relações Administração/Parlamento. Com efeito, a evolução dos sistemas políticos dos Estados europeus no nosso século que determinou a alteração dos respectivos sistemas de Governo conduziu a um novo entendimento do princípio da reserva de lei. Num sistema de governo parlamentar, «o Executivo perde a sua qualidade de órgão de soberania e a presunção de competência de que gozava, ficando em posição nitidamente subordinada ao Parlamento» ⁽⁶²⁾.

Consequentemente, a lei abandonou a função de «limite ou barreira às incursões da Administração no campo do «status negativos» (...) converteu-se predominantemente em «lei-crítério», propulsora de toda a actuação administrativa e definidora do seu conteúdo» ⁽⁶³⁾. Todo este quadro influenciou um novo entendimento do poder discricionário que deixou de ser inato passando a ser entendido como «uma outorga de liberdade feita pelo legislador à Administração» ⁽⁶⁴⁾.

2.3. A situação actual

Se a concepção dualista teve o mérito de ser pioneira na defesa da tese da diversidade conceitual entre discricionariedade e a interpretação de con-

⁽⁵⁹⁾ A expressão é atribuída a MONTESQUIEU.

⁽⁶⁰⁾ AFONSO QUEIRÓ; *O poder discricionário da Administração*, p. 30.

⁽⁶¹⁾ «The last but not the laest».

⁽⁶²⁾ RUI MACHETE; Op. cit., p. 709; o autor refere-se especificamente ao caso alemão na vigência da Constituição de Bona mas o princípio vale para os sistemas parlamentares em geral.

⁽⁶³⁾ J. M. SÉRVULO CORREIA; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 82; cfr. obs. da n. anterior.

⁽⁶⁴⁾ Para usarmos novamente uma expressão de AFONSO QUEIRÓ; *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*, p. 85.

ceitos legais indeterminados que nos parece uma tese cientificamente consistente enquanto posição de princípio, revelou-se contudo insuficiente na medida em que deixou de fornecer solução para a questão tendo em conta a nova realidade dos Estados contemporâneos.

Por um lado, assistimos a uma evolução dos sistemas políticos culminante na gestação de uma nova forma de governo, resultante da transformação das estruturas do governo representativo clássico⁽⁶⁵⁾, mormente por força da universalização do sufrágio e pelo papel desempenhado pelos partidos políticos, designada por democracia representativa⁽⁶⁶⁾. Neste quadro, a eleição parlamentar deixa de ser uma mera escolha de representantes no sentido de «homens bons» das respectivas circunscrições que bem as representariam no parlamento para «se tornar num plebiscito à volta de um conjunto de programas»⁽⁶⁷⁾. Acresce que a necessidade, consagrada constitucionalmente, do Governo possuir apoio parlamentar vem esbater a separação de poderes entre Governo e Parlamento e consequentemente a antinomia Estado/Sociedade Civil⁽⁶⁸⁾, para dar lugar à separação de poderes maioria/oposição⁽⁶⁹⁾. Por tudo isto, alguns autores falam numa soberania governamental por contraposição à soberania parlamentar típica do liberalismo. Pese embora o exagero da expressão⁽⁷⁰⁾, assistimos indubitavelmente a um processo de democratização da legitimidade administrativa

⁽⁶⁵⁾ Sobre esta forma de governo, cfr. JORGE MIRANDA; *Ciência Política*, p. 168.

⁽⁶⁶⁾ Idem, p. 171.

⁽⁶⁷⁾ ROGÉRIO E. SOARES; *Direito Administrativo I*, p. 31. Cfr., do mesmo autor, *Sentido e limites da função legislativa no Estado Contemporâneo*, in «*Feitura das Leis*», vol. II, Oeiras 1986, p. 429 e ss.. O fenómeno em causa é apenas um afloramento de uma nova realidade que MAURICE DUVERGER designa por «tecnodemocracia»; Op. cit., p. 47.

⁽⁶⁸⁾ Sobre a separação Estado/Sociedade, v., por todos, JORGE REIS NOVAIS; *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra 1987, p. 63 e ss..

⁽⁶⁹⁾ Cfr., NUNO PIÇARRA; *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra 1989, p. 241.

⁽⁷⁰⁾ PAULO OTERO; Op. cit., p. 326; falamos em exagero da expressão porque uma das premissas mais usadas para defender esta tese «a falta (no plano dos factos) de mecanismos de controle do Parlamento sobre o Governo» só se verifica em casos de Governo maioritário e monopartidário e por outro lado, especificamente no caso português, o Presidente da República tem importantes poderes no âmbito das relações entre os órgãos de soberania que esbate a pretensa hegemonia governamental. Sobre esta última questão cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES; *Teoria da Constituição de 1976*, Coimbra 1988, p. 226 e ss., máx. 232 e ss..

na medida em que o seu órgão de topo é legitimado, ainda que só indiretamente ⁽⁷¹⁾, pelo sufrágio.

Associada a esta transformação política assistimos ao desenvolvimento do fenómeno da administração de prestação ⁽⁷²⁾ que por motivo do alargamento da intervenção do Estado aos mais variados domínios da Sociedade Civil, afirmou empiricamente a incapacidade do legislador acompanhar ao pormenor toda a realidade da vida no campo da intervenção estadual e por este motivo a redacção de textos legais passou frequentemente a ser feita com recurso a conceitos indeterminados e cláusulas gerais ⁽⁷³⁾.

Por outro lado, o método de interpretação da norma através da ponderação dos interesses tidos em conta pelo legislador, cartão de visita da Escola de Tubinga, pese embora todos os seus méritos, veio a mostrar-se insuficiente, como será de antever, nas situações em que o legislador não ponderou certos interesses que virtualmente estariam em jogo. Os conceitos indeterminados consubstanciam a situação descrita pois, atendendo ao facto de estarmos perante uma situação em que «a lei abdica de parcela do seu poder de normação» ⁽⁷⁴⁾, então restam certos interesses da vida não ponderados pelo legislador e consequentemente o aplicador do Direito estaria perante a ausência de um critério material para proceder à interpretação. KARL LARENZ chama a atenção para este assunto ao referir que a «Jurisprudência de valoração» ⁽⁷⁵⁾ não fornece solução para determinados problemas. O autor aponta os conceitos indeterminados como uma das situações em que o órgão aplicador do Direito não tem possibilidade de «fazer

⁽⁷¹⁾ No sentido de que só a legitimidade do Parlamento é imediata relativamente ao voto popular, J. J. GOMES CANOTILHO; *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra 1982, p. 221.

⁽⁷²⁾ Sobre as causas desta evolução, cfr., para uma visão sumária, DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, p. 79 e ss.. Não cabe manifestamente no âmbito deste trabalho discutir o mérito desta atitude do Estado perante a Sociedade Civil, apenas se constata o facto.

⁽⁷³⁾ Cfr. ROGÉRIO E. SOARES; *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LVII, p. 188.

⁽⁷⁴⁾ A expressão é de MANUEL DE ANDRADE; *Op. cit.*, p. 67.

⁽⁷⁵⁾ KARL LARENZ usa esta designação para se referir a uma segunda fase da evolução da Jurisprudência dos Interesses, a qual defendia que a prevalência dada a um dos interesses «consubstancia uma valoração, para a qual o legislador pode ser determinado pelos mais diversos motivos»; cfr. *Op. cit.*, p. 140 e A. CASTANHEIRA NEVES; *Jurisprudência dos Interesses*, in «*Polis*», cit., col. 876.

decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe reconhecer» (76).

A confluência das evoluções descritas motivou a reabertura da discussão em torno da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados uma vez que estava alterada quer a legitimidade dos órgãos aplicadores do Direito quer os métodos de o trabalhar. Daí a sugestiva metáfora de ROGÉRIO EHRHARDT SOARES ilustrando a situação como um tema que pese embora a aparência em tempos adquirida de «ser um capítulo pacificado da teoria do direito administrativo voltou, desde a década de 50, a transformar-se num mar de encapeladas discussões» (77).

Após estas considerações sobre a conjuntura actual é chegado o momento de proceder a uma tentativa de abordagem sistemática da matéria.

A boa realização desta tarefa impõe que se proceda a uma separação das águas, ou melhor dizendo, das várias indeterminações. Deste modo, beneficiando do estudo feito na primeira parte, poder-se-á distinguir várias zonas dentro do campo das indeterminações (78).

De um lado encontram-se sem dúvida as indeterminações estruturais, normas que são identificáveis por compreenderem o termo «pode» no seu elemento de ligação (79), estas reconhecem sem dúvida um poder discricionário à Administração.

No extremo oposto, isto é, aquelas indeterminações que não conferem qualquer discricionariedade, residem os conceitos classificatórios. Nestes casos é pacífico na doutrina que a barreira da (pretensa) indeterminabilidade é passível de ser ultrapassada mediante uma operação hermenêutica (80).

As «encapeladas discussões» mencionadas por ROGÉRIO SOARES restringem-se à zona dos conceitos que o mesmo autor considera verda-

(76) KARL LARENZ; Op. e loc. cit.; o autor aponta ainda outras situações nas quais se manifesta o mesmo problema: cláusulas gerais, situações não valoradas pelo legislador e colisão de princípios reguladores. Cfr., A. MENEZES CORDEIRO; *Tendências actuais da interpretação da lei*, p. 14.

(77) ROGÉRIO E. SOARES; *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, p. 188.

(78) Neste aspecto vamos seguir de perto a classificação proposta por ROGÉRIO SOARES; *Direito Administrativo I*, p. 65.

(79) Cfr. supra, 1.

(80) Cfr. supra, n. 35.

deiramente indeterminados: os conceitos indeterminados-tipo ou strictu-sensu⁽⁸¹⁾. Neste campo encontram-se duas posições opostas.

De um lado, as doutrinas do chamado controlo total, sufragadas na Alemanha por HANS RUPP⁽⁸²⁾ e entre nós DIOGO FREITAS DO AMARAL⁽⁸³⁾, defendem a legitimidade dos tribunais para reverem a decisão administrativa que procede à concretização dos conceitos indeterminados. Estes autores partem da premissa segundo a qual a aplicação do Direito, mesmo relativamente a estes conceitos «indeterminados-tipo», se reduz exclusivamente a um fenómeno de interpretação⁽⁸⁴⁾ e daí não só a competência mas também o dever dos tribunais apreciarem as decisões administrativas em causa uma vez que são os órgãos de soberania constitucionalmente vocacionados para zelar pela boa interpretação e aplicação das normas jurídicas. Tratando-se de uma mera questão hermenêutica então «quanto mais avançado for o controlo judicial tanto mais se garantirá a ligação da Administração à lei»⁽⁸⁵⁾.

Estes autores defendem contudo a demarcação de situações nas quais os tribunais se devem abster de efectuar o controlo. Para FREITAS DO AMARAL tratam-se de situações de «discrecionariedade imprópria» que podem ser definidas como «figuras conceitualmente diferentes do poder discrecionário, mas que seguem o mesmo regime que o dele»⁽⁸⁶⁾. Neste género integram-se as figuras da «liberdade probatória»⁽⁸⁷⁾, da «discrecionariedade técnica»⁽⁸⁸⁾ e da «justiça administrativa»⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸¹⁾ ROGÉRIO E. SOARES; *Direito Administrativo I*, p. 62. Cfr. supra, parte 1.

⁽⁸²⁾ Cit. por ROGÉRIO SOARES; idem, p. 64.

⁽⁸³⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Direito Administrativo*, vol. II, p. 129 e ss.. F. AZEVEDO MOREIRA perfilha igualmente esta tese, Op. cit., máx. p. 63.

⁽⁸⁴⁾ Cfr., F. AZEVEDO MOREIRA; Op. e loc. cit.

⁽⁸⁵⁾ Cfr., ROGÉRIO SOARES; ibidem.

⁽⁸⁶⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Direito Administrativo*, vol. II, p. 168.

⁽⁸⁷⁾ Consiste numa «margem de livre apreciação das provas com a obrigação de apurar a única solução correcta»; idem, p. 172.

⁽⁸⁸⁾ «Casos (...) em que as decisões só podem ser tomadas com base em estudos prévios de natureza técnica e segundo critérios extraídos de normas técnicas»; idem, p. 174.

⁽⁸⁹⁾ «Casos em que a Administração Pública, no desempenho da função administrativa, é chamada a proferir decisões essencialmente baseadas em critérios de justiça material»; idem, p. 181.

⁽⁹⁰⁾ Sobre este assunto, cfr., para outras classificações, J. M. SÉRVULO CORREIA; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 126; J. C. VIEIRA DE ANDRADE; *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 469; F. AZEVEDO MOREIRA; Op. cit., p. 67 e ss. e M.^a LÚSIA DUARTE; Op. cit., p. 39 e ss..

Nos antípodas desta posição, encontramos os autores que defendem, não estarmos perante uma operação redutível à figura da hermenêutica jurídica mas, pelo contrário, a aplicação destes preceitos só poderá ser efectuada mediante «uma valoração autónoma do agente e, portanto, algo que corresponde ou se aproxima de uma escolha (embora orientada) entre alternativas» ⁽⁹¹⁾ ou «através de uma avaliação ou valoração da situação concreta baseada numa prognose, isto é, num juízo de estimativa sobre a actuação futura de uma pessoa (...), sobre a futura utilidade de uma coisa ou sobre o futuro desenrolar de um processo social» ⁽⁹²⁾.

Enunciadas muito sumariamente as doutrina dominantes nesta matéria, a dúvida metódica que se nos coloca de imediato diz respeito precisamente à qualificação da operação de densificação dos conceitos jurídicos indeterminados como mera interpretação ou se, pelo contrário, devemos considerar que necessariamente lhe acresce uma decisão própria da Administração.

Embora reafirmando a nossa convicção no mérito da distinção feita por AFONSO QUEIRÓ entre interpretação de conceitos indeterminados e exercício do poder discricionário, levantam-se-nos algumas dúvidas no que toca a saber se a actividade hermenêutica esgota toda esta realidade. A resposta afirmativa, embora sustentada por alguma doutrina ⁽⁹³⁾, não explica, quanto a nós, a totalidade do fenómeno de apreciação dos pressupostos de facto pelos agentes administrativos.

Com efeito, a metodologia jurídica que a fundamenta não se mostra adequada à resolução de situações como aquela que constitui objecto do nosso estudo, conforme as reflexões de KARL LARENZ mencionadas e que se nos afiguram lúcidas ⁽⁹⁴⁾. No âmbito desta questão metodológica, temos que tomar em linha de conta a consciência actualmente reinante de que o método silogístico, segundo o qual as duas premissas seriam realidades absolutamente impenetráveis somente conexionáveis mediante a subsunção da premissa fáctica à legal, e com o qual conforme vimos a Jurisprudência

⁽⁹¹⁾ J. C. VIEIRA DE ANDRADE; *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 367.

⁽⁹²⁾ J. M. SÉRVULO CORREIA; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 474.

⁽⁹³⁾ Cfr. supra n. 82 e 83 e ainda M.^a CELESTE CARDONA; *O regime e a natureza da discricionariedade imprópria e da discricionariedade técnica* in *Ciência e técnica fiscal*, Lisboa, (Março) 1983.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. supra, n. 76.

dos Interesses não rompeu totalmente ⁽⁹⁵⁾, não corresponde à realidade da aplicação do Direito na medida em que se constata que a matéria de facto tem que ser reconstituída à luz do Direito aplicável enquanto que «o campo de aplicação e o sentido decisivo de cada norma legal» só pode ser fixado com base no exame das situações de facto ⁽⁹⁶⁾. Sem pôr em causa a distinção no plano lógico entre interpretação e discricionariedade, todas estas considerações permitem no entanto começar a pôr em causa que se tratem de momentos cronologicamente distintos de um mesmo procedimento administrativo como defendeu AFONSO QUEIRÓ ⁽⁹⁷⁾, posição à qual aderiu posteriormente ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA ao defender que «a discricionariedade começa onde acaba a interpretação» ⁽⁹⁸⁾.

A concepção metodológica da inseparabilidade das premissas em compartimentos estanques não era decerto estranha ao pensamento de ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, ao defender que a definição dos pressupostos de actuação da Administração compreende dois momentos lógicos: inicialmente o agente deve procurar captar os motivos, para de seguida, proceder à sua valoração relativamente a uma necessidade pública ⁽⁹⁹⁾, isto na medida em que «a necessidade pública concreta não é qualquer coisa de definido, não é um dado real fóssil que o agente receba da subsunção no esquema da lei: é sempre, em maior ou menor grau, um momento da vida» daí a necessidade de «valoração do material de facto, a uma hierarquia de interesses» definidos previamente ⁽¹⁰⁰⁾. Em suma, o autor defende a necessidade de

⁽⁹⁵⁾ Cfr. supra, n. 55.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. J. ANTUNES VARELA; *Manual de Processo Civil*, Coimbra 1985, p. 672. No mesmo sentido, J. J. GOMES CANOTILHO defende a interpretação de conceitos indeterminados contidos nos Tatbestand legais devem começar pela observação de qualidades dos indivíduos, trata-se portanto de um caso em que a norma legal só pode ser interpretada mediante a subsunção de uma situação de facto; *Fidelidade à República ou fidelidade à NATO?*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, vol. I, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º especial 1984, p. 184.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. supra, n. 58.

⁽⁹⁸⁾ ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA; *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa 1962, p. 217.

⁽⁹⁹⁾ Cfr., ROGÉRIO E. SOARES; *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, p. 230. A título de precisão terminológica, citamos a definição de motivos adoptada pelo autor: «representação da satisfação duma necessidade, determinada por um facto da realidade sensível», Idem, p. 229.

⁽¹⁰⁰⁾ Ibidem.

percorrer um «iter» desde a fixação dos pressupostos de acção em abstracto até à decisão, onde a operação intermédia de verificação dos pressupostos em concreto tem por crivo o fim legal do acto. Nesta atitude pode notar-se uma interpenetração, pelo menos do ponto de vista cronológico, dos três elementos do «silogismo jurídico».

A doutrina exposta abre o caminho para a questão da necessidade de avaliação ou valoração da situação concreta como atitude complementar da interpretação.

Caminho este que implica contudo que seja tomado como ponto assente a diferença conceitual entre interpretação do conceito em abstracto e a subsunção do facto em concreto, embora interdependentes de um ponto de vista que poderíamos designar por funcional. A primeira tarefa continua indiscutivelmente a ser vinculada na medida em que o fim legal do acto administrativo só é cognoscível mediante uma operação hermenêutica, enquanto que a tarefa de subsunção, na medida em que impõe uma valoração da situação, confere ao órgão aplicar uma margem de apreciação pessoal.

Pioneiro desta doutrina, conhecida pela «teoria da margem de livre apreciação», foi OTTO BACHOF que «sem negar a diferença entre a liberdade de conformação e a margem de livre apreciação, considera-as unidas por um postulado comum: o de (...) que se deve reconhecer à Administração, como poder autónomo do Estado, um âmbito de responsabilidade exclusiva»⁽¹⁰¹⁾. Deste modo, os tribunais apenas devem sindicar a subsunção realizada pelo agente administrativo «quando dispuser(em) de parâmetros de controlo suficientemente seguros»⁽¹⁰²⁾. As situações que envolvem uma valoração, a par daquelas em que a Administração disponha de maior experiência ou perícia e das situações irrepetíveis, são apontadas pelo autor como os casos em que o tribunal não dispõe de seguro critério.

Os conceitos jurídicos indeterminados em sentido próprio, uma vez que a sua aplicação implica a realização de um juízo de prognose relativamente a dados de facto que hão-de ser subsumidos⁽¹⁰³⁾, configuram uma situação

⁽¹⁰¹⁾ J. M. SÉRVULO CORREIA; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 122. SÉRVULO CORREIA, por seu turno, propõem o termo «autonomia pública» para identificar esta realidade; *idem*, p. 472. Sobre a «Teoria da margem de livre apreciação» de OTTO BACHOF, cfr. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA; *Op. cit.*, p. 87 e ss..

⁽¹⁰²⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. *idem*, p. 474.

de abertura normativa, ou melhor de abertura da previsão normativa, mediante a qual o legislador confere ao órgão executivo uma liberdade de concretização ⁽¹⁰⁴⁾. Actividade esta que não pode deixar de ser considerada uma competência «natural» do órgão executivo ⁽¹⁰⁵⁾ na medida em que a actividade meramente lógico-dedutiva do aplicador do Direito é insuficiente para realizar tal objectivo, pois «o sentido que se possa admitir em abstracto e hipoteticamente na norma vê-se submetido à «experimentação» da problemática realização jurídica em concreto e só através dessa experimentação problemática obtém a norma o sentido normativo-concretamente decisivo» ⁽¹⁰⁶⁾. As considerações feitas levam-nos a afirmar, na esteira de KARL LARENZ, que estamos perante uma «irredutível margem de livre apreciação» ⁽¹⁰⁷⁾.

O labor desenvolvido pelos agentes administrativos tendente à densificação dos conceitos jurídicos indeterminados consubstancia uma actividade de criação de Direito por parte da Administração Pública embora com as especificidades de estar deslocada da fase de aprovação da norma e se tratar de uma decisão finalisticamente orientada. Conforme ensina AFONSO QUEIRÓ, na interpretação e subsunção feita no âmbito de aplicação de normas que compreendem «conceitos elásticos», sempre dentro dos «limites de objectividade» que estes necessariamente demarcam, intervém «uma certa dose de criatividade e uma determinada coloração pessoal» ⁽¹⁰⁸⁾. Esta posição permite-nos sustentar a ideia de se tratar de uma criação de Direito na medida em que o autor faz referência à formação de uma jurisprudência,

⁽¹⁰⁴⁾ No sentido de que a abertura normativa consubstancia uma delegação relativa no órgão aplicador, J. J. GOMES CANOTILHO; *Direito Constitucional*, p. 195; cfr. idem, p. 377.

⁽¹⁰⁵⁾ A expressão é proposta, se bem que não neste contexto específico, por LUÍS CABRAL DE MONCADA; *A reserva de lei no actual Direito Público alemão*, in «*Estado e Direito*», n.º 7/10, Lisboa 1991/1992, p. 80. Parece-nos pertinente a observação feita pelo autor de que esta competência tem um fundamento de ordem meramente «funcional», uma vez que não existe uma legitimidade própria do executivo diversa da legitimidade do órgão legislativo mas apenas mediatizada por este último; este princípio é também válido em Portugal apesar do sistema de governo semi-presidencial, cfr. n. 70.

⁽¹⁰⁶⁾ A. CASTANHEIRA NEVES; *Método Jurídico*, in «*Polis*», vol. IV, Lisboa 1986, col. 269.

⁽¹⁰⁷⁾ KARL LARENZ; Op. cit., p. 353, apesar do autor usar esta expressão inicialmente em relação ao juiz, decorre do contexto a sua extensão a todo o órgão aplicador do Direito.

⁽¹⁰⁸⁾ AFONSO QUEIRÓ; *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, p. 581.

quer administrativa quer judicial que vai sucessivamente restringindo a pessoalidade da valoração ⁽¹⁰⁹⁾. A vinculação da Administração Pública aos princípios constitucionais da actividade administrativa ⁽¹¹⁰⁾, nomeadamente ao princípio da igualdade, implica a necessidade de adoptar uma prática uniforme em excluir situações análogas ⁽¹¹¹⁾ e daí estarmos perante a formação de «precedentes» ⁽¹¹²⁾.

Posto isto, torna-se necessária a seguinte observação: não há, nem pode haver lugar a qualquer pretensão do executivo na defesa de um «princípio de pedagogia legislativa» ⁽¹¹³⁾ segundo o qual o legislativo ⁽¹¹⁴⁾ deva restringir a sua actividade à estatuição das bases gerais dos regimes jurídicos ⁽¹¹⁵⁾, pois só os próprios órgãos legislativos, no exercício de uma função de Estado «independente» ou «dominante» ⁽¹¹⁶⁾, tem a legitimidade necessária para decidir até que ponto querem e podem levar satisfatoriamente a densidade das suas normas. Contudo sempre que uma norma legal revestir carácter aberto estamos perante uma situação na qual o legislador

⁽¹⁰⁹⁾ Ibidem.

⁽¹¹⁰⁾ Por força do n.º 2 do art. 266.º C.R.P.. Sobre estes princípios, v. DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Direito Administrativo*, vol. II, p. 200 e ss. e J. M. SÉRVULO CORREIA; *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, p. 227 e ss. Obs. nenhuma destas obras leva em conta as alterações resultantes da revisão constitucional de 1989.

⁽¹¹¹⁾ Especificamente sobre este princípio, v. JOÃO MARTINS CLARO; «*O princípio da igualdade*», in «*Nos dez anos da Constituição*», Lisboa 1986, p. 29 e ss..

⁽¹¹²⁾ Neste sentido, AFONSO QUEIRÓ; «Lições e Direito Administrativo», vol. I, p. 582. A. BARBOSA DE MELO defende estarmos perante a formação de «puras normas de função, (...) e por isso um dever não coberto pela garantia jurisdicional»; «*Introdução às formas de concertação social*», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano LIX, 1983, p. 116. Não nos parece de acolher esta tese sempre que estiver em causa uma violação directa do princípio da igualdade, isto é, tratamentos diferentes para casos análogos.

⁽¹¹³⁾ A expressão é de LUÍS CRUCHO DE ALMEIDA; «*Assembleia Nacional*» in «*Dicionário Jurídico da Administração Pública*», vol. I, Lisboa 1990, p. 491.

⁽¹¹⁴⁾ Embora no sistema jurídico-constitucional português vigore o princípio do «dualismo legislativo» (cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O ordenamento jurídico administrativo português*, p. 54) e como tal o Governo, órgão superior da Administração Pública, seja também órgão legislativo, as funções desempenhadas por este órgão devem manter-se materialmente distintas, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 229.

⁽¹¹⁵⁾ Era a solução consagrada na Constituição de 1933, cfr. art. 92.º

⁽¹¹⁶⁾ Ambas as expressões são utilizadas por MARCELO REBELO DE SOUSA para identificar as funções de Estado «exercidas de forma essencialmente livre ou minimamente vinculada» que são as funções política e legislativa; *Direito Constitucional I*, Braga 1979, p. 247 e ss..

permite ao aplicador da norma a sua densificação. Deste modo, a abertura das normas legais ficará a dever-se a uma decisão do legislador, perante a dificuldade sentida em dominar toda a realidade da vida subjacente a uma determinada previsão normativa, em atribuir uma margem de livre apreciação para que o órgão executivo pondere cada situação em concreto em função de outros elementos de decisão só apreensíveis perante cada situação individualmente considerada ⁽¹¹⁷⁾.

A questão deve ser vista precisamente pelo prisma oposto, pois a questão essencial não é a limitação do conteúdo máximo da lei mas o não esvaziamento do seu conteúdo mínimo. A posição que mais se coaduna com a exigência decorrente do princípio constitucional do Estado de Direito, mais concretamente do seu subprincípio concretizador da «segurança jurídica dos cidadãos» na sua dimensão da «precisão ou determinabilidade das leis» ⁽¹¹⁸⁾ é a da necessidade de um conteúdo mínimo. Deste modo, a decisão do legislador no tocante ao «quantum» da densidade não pode ser arbitrária pois as normas tem que «definir o conteúdo típico do poder» ⁽¹¹⁹⁾, conteúdo que deve compreender sempre os «aspectos essenciais da matéria a regular» ⁽¹²⁰⁾ ⁽¹²¹⁾.

Em suma, só ao legislador compete decidir o «quantum» ⁽¹²²⁾ da abertura versus densidade das normas que aprova mas, «na medida da densidade de regulação das leis» ⁽¹²³⁾, resta sempre à Administração um «espaço nas tarefas de interpretação e conformação dos preceitos legais» funda-

⁽¹¹⁷⁾ Cfr., J. M. SÉRVULO CORREIA; *Interpretação administrativa das leis*, in *A feitura das leis*, vol. II, Oeiras 1986, p. 346 e ss.. Para reforçar a sua tese, o autor afirma que a margem de livre apreciação é uma atribuição deliberada do legislador. No mesmo sentido se pronunciava já MARCELLO CAETANO ao defender que estas leis compreendiam uma intencionalidade de consentir uma escolha; *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, p. 72.

⁽¹¹⁸⁾ Sobre estes princípios, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO; *Direito Constitucional*, p. 375.

⁽¹¹⁹⁾ Esta é a tese de SÉRVULO CORREIA; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 318.

⁽¹²⁰⁾ J. J. GOMES CANOTILHO; *Direito Constitucional*, p. 377.

⁽¹²¹⁾ Não se discute, no âmbito deste trabalho, a questão de saber se o regulamento independente pode ser fonte primária de Direito. Sobre esta questão cfr., J. M. SÉRVULO CORREIA; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 198 e ss..

⁽¹²²⁾ Falamos em medida quantitativa porque entendemos estarmos perante uma grandeza variável, cfr., J. J. GOMES CANOTILHO; *Direito Constitucional*, p. 195 e KARL ENGISH; *Op. cit.*, p. 208.

⁽¹²³⁾ A expressão é de J. J. GOMES CANOTILHO; *idem*, p. 811.

mentada na competência constitucional conferida ao seu órgão superior para executar as leis ⁽¹²⁴⁾.

Encerrada esta observação sobre a densidade das normas legais e prosseguindo no texto, vamos caminhando ao encontro da doutrina dos autores que, como OTTO BACHOF ⁽¹²⁵⁾, defendem ser a discricionariedade administrativa e a actividade densificadora de conceitos jurídicos indeterminados duas espécies do género margem de livre decisão pois estamos sempre na presença de uma indeterminação normativa. A distinção entre as duas espécies assenta na natureza da indeterminação da norma pois no primeiro caso estamos perante uma indeterminação estrutural enquanto no segundo se trata de uma indeterminação conceitual. Perante cada uma destas indeterminações, o «iter» decisório será contudo necessariamente diverso.

SÉRVULO CORREIA, em sede de conclusão, enumera os factores a ponderar em cada uma das situações do seguinte modo: na decisão discricionária há lugar a uma «ponderação autónoma de interesses em conflito à luz de critérios de aptidão, indispensabilidade e equilíbrio ou razoabilidade» enquanto que a densificação de conceitos indeterminados implica «um juízo autónomo de prognose somente subordinado a critérios de aptidão» ⁽¹²⁶⁾.

A realização deste juízo de prognose implica a adopção de um critério material a fim de assegurar o cumprimento ao princípio constitucional da imparcialidade ⁽¹²⁷⁾. GOMES CANOTILHO propõe, como critério para a formulação deste juízo de prognose, a sua realização em dois momentos sucessivos: a redução ao observável e a utilização de regras de experiência ⁽¹²⁸⁾. Para este autor deve começar-se pelas «disposições observáveis, isto é, qualidades (...) que podem ser objectivamente controláveis» ⁽¹²⁹⁾ para

⁽¹²⁴⁾ Ibidem; no mesmo sentido, NUNO PIÇARRA; *A reserva de Administração*, p. 577. A competência a que estes autores se referem é a prevista no art. 202.º c) C.R.P.

⁽¹²⁵⁾ Cfr. supra, n. 101.

⁽¹²⁶⁾ J. M. SÉRVULO CORREIA; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 760.

⁽¹²⁷⁾ Sobre o princípio da imparcialidade, cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA; *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, p. 251 e ss.

⁽¹²⁸⁾ J. J. GOMES CANOTILHO; *Fidelidade à República ou fidelidade à NATO?*, p. 131 e ss., máx. 181 e ss..

⁽¹²⁹⁾ Idem, p. 185. Este método, com todo o mérito que lhe reconhecemos, pressupõe o entendimento da estrutura do conceito indeterminado como PHILIPP HECK a defi-

então se passar à prognose propriamente dita. O interesse em causa é, uma vez esgotadas as disposições observáveis, passar-se a um juízo necessariamente subjectivo mas «assente em pressupostos dotados de uma certa objectividade» ⁽¹³⁰⁾.

Em suma, ao lado da clássica discricionariedade de decisão ou acção de natureza volitiva, a doutrina vem-se pronunciando pela existência de uma discricionariedade de juízo ou apreciação com natureza cognitiva ⁽¹³¹⁾. Conforme escreve VIEIRA DE ANDRADE, «a moderna doutrina administrativa, sem recair nas velhas concepções que identificavam com discricionariedade qualquer abertura ou indeterminação normativa, é forçada a abandonar o cómodo entendimento que via na verificação concreta do preenchimento dos pressupostos legais uma actividade lógico-dedutiva pura, a partir da premissa normativa, um mero acto de conhecimento, radicalmente oposto às escolhas discricionárias, que seriam actos de vontade» ⁽¹³²⁾.

Contudo, se o Direito é a racionalização do entusiasmo ⁽¹³³⁾, então é necessária a devida cautela na adopção das posições citadas pois, em virtude da «natural imprecisão da linguagem jurídica, reduzir-se-ia drasticamente o âmbito de protecção jurisdicional dos cidadãos perante a Administração» ⁽¹³⁴⁾.

A «aproximação» entre as figuras da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados e poder discricionário não significa um regresso às teorias monistas anteriormente mencionadas ⁽¹³⁵⁾ pois não é a densificação dos conceitos indeterminados que «abandona» o hemisfério do Direito mas é a

niu: «um núcleo de significações certas é cercado por uma auréola de sentidos cada vez mais afastados»; *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses* (tradução portuguesa); Coimbra 1947, p. 181.

⁽¹³⁰⁾ Idem, p. 186.

⁽¹³¹⁾ Cfr., a síntese feita por ALBERTO PINHEIRO XAVIER; *Conceito e natureza do acto tributário*, Coimbra 1972, p. 371. Contudo para o autor só a primeira é uma actividade verdadeiramente discricionária pois a segunda tratar-se-ia de uma «discricionariedade vinculada» uma vez que consistia na liberdade de «determinar a única solução que-rida por lei», p. 370.

⁽¹³²⁾ J. C. VIEIRA DE ANDRADE; *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 368.

⁽¹³³⁾ Usando uma expressão imputável a JOÃO DE CASTRO MENDES.

⁽¹³⁴⁾ A. BARBOSA DE MELO; *Direito Administrativo II*, p. 86. Cfr., infra.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. supra, 2.1.

própria discricionariedade que não pode ser considerada uma actividade imune ao Direito ⁽¹³⁶⁾. Semelhante concepção do poder discricionário tinha na sua génese uma concepção de legitimidade autocrática da Administração Pública típica de uma monarquia limitada ⁽¹³⁷⁾ e no âmbito dessa forma de governo o princípio da legalidade era concebido como um expediente para assegurar a subordinação da Administração ao Parlamento ⁽¹³⁸⁾; mais concretamente, destinado a consagrar valores jurídicos que a Administração estava obrigada a respeitar e que dentro da filosofia do Estado liberal eram a liberdade e a propriedade dos cidadãos ⁽¹³⁹⁾. Este sistema veio a ser posto em causa inicialmente por MAURICE HAURIOU, ao sustentar a vinculação da Administração ao «bloco legal», isto é, a todo o Direito vigente independentemente de se tratarem de leis do Parlamento ou normas provenientes de outra fonte ⁽¹⁴⁰⁾.

A vinculação da Administração ao Direito nos sistemas políticos contemporâneos que se pretende seja global ⁽¹⁴¹⁾, será traduzida com maior rigor pela expressão «princípio da juridicidade», abandonando-se deste modo a arcaica designação «princípio da legalidade» que estava ligada a uma concepção de «lei-limite», de modo a que o Direito ⁽¹⁴²⁾ passe a constituir o «pressuposto-fundamento da autoridade e validade» de todos os actos da Administração ⁽¹⁴³⁾. Consequentemente, a Administração Pública, mesmo no exercício de poderes discricionários, está sempre vinculada ao

⁽¹³⁶⁾ Neste sentido expressamente, J. C. VIEIRA DE ANDRADE; *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, p. 370.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. supra, 2.1.

⁽¹³⁸⁾ Neste sentido, PROSPER WEIL; *O Direito Administrativo* (tradução portuguesa), Coimbra 1977, p. 117.

⁽¹³⁹⁾ Cfr., J. C. VIEIRA DE ANDRADE; *O ordenamento jurídico administrativo português*, p. 36.

⁽¹⁴⁰⁾ Cit., por DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Direito Administrativo*, vol. II, p. 57; cfr., PROSPER WEIL; Op. e loc. cit..

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. supra, n. 63.

⁽¹⁴²⁾ Incluindo a lei em sentido nominal; usamos esta expressão com o sentido que lhe é dado por JORGE MIRANDA; *Funções, órgãos e actos do Estado*, Lisboa 1990, p. 161.

⁽¹⁴³⁾ Esta é a tese de VIEIRA DE ANDRADE; «*O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*», p. 14. Neste sentido, o autor defende dever considerar-se ultrapassada a «concepção da discricionariedade como um domínio de indiferença jurídica» apesar do carácter limitado do controle administrativo porque este «não é uma questão de domínios, mas de medida», p. 390. Cfr. ainda A. BARBOSA DE MELO; *Direito Administrativo II*, p. 68.

respeito pelos princípios e normas constitucionais. No ordenamento jurídico português temos a referir especialmente a vinculação ao respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos ⁽¹⁴⁴⁾ e aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade ⁽¹⁴⁵⁾.

3. Sindicabilidade judicial da decisão administrativa de densificação dos conceitos jurídicos indeterminados

A questão levantada no início do trabalho de saber, por um lado, até que ponto os tribunais podem controlar a actividade da Administração, no tocante à densificação dos conceitos indeterminados e, por outro lado, até onde lhes é lícito controlá-la, de modo que esta possa efectivamente actuar ⁽¹⁴⁶⁾, assume nesta última parte especial relevo. Poder-se-á até dizer que entramos numa zona de confluência de todo o tema na medida em que o cerne do problema passa exactamente pela linha divisória entre as questões justiciáveis e as não justiciáveis, isto é, pela separação de poderes entre a Administração Pública e os tribunais, e todo o labor doutrinário converge, em última análise para encontrar uma fundamentação idónea para uma solução desta questão.

O estudo da definição de uma linha de justiciabilidade deve partir da análise da solução de «lege data», neste caso da solução que lhe é dada pelos tribunais administrativos, limitando o nosso estudo à jurisprudência portuguesa.

A interpretação de conceitos jurídicos indeterminados tem estado jurisprudencialmente compreendida no género discricionariedade técnica ⁽¹⁴⁷⁾ ao lado de uma outra realidade consistente no «reenvio para normas técnicas» ⁽¹⁴⁸⁾, isto é, de juízos de verificação segundo regras das ciências exac-

⁽¹⁴⁴⁾ Por força do n.º 1 do art. 18.º C.R.P., neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE; *Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Coimbra 1987, p. 257.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. supra, n. 110.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr., n. 2.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. infra, máx. n. 153.

⁽¹⁴⁸⁾ Seguindo a expressão de GOMES CANOTILHO; *Fidelidade à República ou fidelidade à NATO?*, p. 191.

tas ⁽¹⁴⁹⁾. A jurisprudência reitera decisões análogas para as duas figuras: a impossibilidade de sindicabilidade judicial por se tratar de decisões que envolvem conhecimentos inacessíveis aos tribunais.

As soluções jurisprudenciais levantam duas questões distintas: a bondade da assimilação da interpretação de conceitos indeterminados pela discricionariedade técnica e a consistência da tese da impossibilidade dos tribunais conhecerem questões técnicas.

Em primeiro lugar deverá ser analisada a redução dos conceitos jurídicos indeterminados à figura da discricionariedade técnica. A posição básica do Supremo Tribunal Administrativo é a seguinte: a interpretação de conceitos indeterminados é uma tarefa que embora no plano teórico seja estritamente jurídica ⁽¹⁵⁰⁾ implica que a Administração deva recorrer a conhecimentos técnicos a fim de preencher o conceito e por esse motivo trata-se de uma situação de discricionariedade técnica e consequentemente de uma decisão insindicável contenciosamente pois o tribunal cuja função é aplicar o Direito não pode conhecer de regras de outros ramos de conhecimento ⁽¹⁵¹⁾.

A jurisprudência citada parte duma premissa segundo a qual os conceitos jurídicos indeterminados constantes dos textos legais compreendem sempre uma remissão para conhecimentos técnicos. Sem embargo de, em certos casos, as leis recorrerem, «designadamente para estabelecer os pressupostos da acção da Administração, a «categorias» ou conceitos técnicos, cujo conteúdo é determinável com recurso à generalidade das disciplinas científicas chamadas exactas (...), e das ciências humanas não exactas» ⁽¹⁵²⁾, as mais das vezes os conceitos indeterminados «traduzem-se na remissão material para valorações ou concepções valorativas da cons-

⁽¹⁴⁹⁾ Esta classificação das soluções jurisprudenciais é feita por J. M. SÉRVULO CORREIA; *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 475.

⁽¹⁵⁰⁾ Ac. S.T.A. (1.ª secção) de 28/7/77 (in «*Acórdãos Doutrinários*» n.º 196), p. 421 e Ac. S.T.A. (1.ª secção) de 14/11/1985 (A.D. 295), p. 865; este último aresto refere-se expressamente a poder vinculado.

⁽¹⁵¹⁾ Acs. S.T.A. (pleno) de 22/6/83 (in «*Acórdãos Doutrinários*» n.º 265) e de 21/1/88 (A.D. 322) e Acs. S.T.A. (1.ª secção) de 28/7/77 (A.D. 196), 2/5/85 (A.D. 288), 10/10/85 (A.D. 301), 20/10/87 (A.D. 325), 22/10/87 (A.D. 326), 18/2/88 (A.D. 322) e 9/3/89 (A.D. 337). O Ac. S.T.A. (1.ª secção) de 14/11/85 (A.D. 295), máx. p. 866, subsume a situação à figura da liberdade probatória, outra modalidade de discricionariedade imprópria; cfr. supra n. 87.

⁽¹⁵²⁾ AFONSO QUEIRÓ; *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, p. 582.

ciência comum, para o tipo normal de uma conduta correcta de acordo com os cânones ou standarts vigentes na comunidade» ⁽¹⁵³⁾. As passagens de AFONSO QUEIRÓ transcritas permitem-nos concluir que a remissão para os chamados conhecimentos técnicos constitui apenas uma das espécies possíveis do género conceitos indeterminados pois estes podem reportar-se a realidades diversas, daí a falta de fundamentação teórica para as decisões do Supremo Tribunal Administrativo. O reverso da moeda também não abona em favor da jurisprudência dominante, pois os conceitos fixos, ou predominantemente fixos, também se podem reportar a questões técnicas e no âmbito dessas ciências terem um significado exacto e preciso, são os chamados «conceitos indirectamente determinados» ⁽¹⁵⁴⁾.

Por outro lado, defender-se a insindicabilidade de certas decisões administrativas com fundamento numa discricionariedade técnica é uma jurisprudência insustentável face ao Direito positivo português. Em primeiro lugar, a própria expressão «discricionariedade técnica», apesar de toda a sua tradição na doutrina, não pode deixar de ser considerada infeliz porque não define fielmente a realidade em causa. A discricionariedade técnica não é mais do que uma actividade vinculada mas a regras técnicas ⁽¹⁵⁵⁾. Já FEZAS VITAL afirmava que «a discricionariedade técnica não é verdadeira discricionariedade por que não comporta o poder de livre apreciação» ⁽¹⁵⁶⁾; por este motivo é preferível falar-se em «reenvio para normas técnicas» ⁽¹⁵⁷⁾ em vez de discricionariedade técnica.

Em bom rigor, este reenvio para normas técnicas pode ser feito com dois objectivos diversos. Pode tratar-se de uma simples referência a questões de natureza técnica mas de conteúdo exacto, situações nas quais o agente deverá proceder a um juízo certificatório ou de verificação ou pode,

⁽¹⁵³⁾ Idem, p. 581. Cfr. a classificação dos conceitos indeterminados quanto ao complexo referencial, supra I.

⁽¹⁵⁴⁾ Idem, p. 582. Por este motivo nos parece insustentável a posição, defendida por LUÍSA DUARTE, segundo a qual toda a «discricionariedade imprópria», na qual se inclui a discricionariedade técnica, «se reconduz ao emprego e consequente preenchimento de conceitos vagos e indeterminados pela Administração»; Op. cit., p. 19.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr., ALDO PIRAS; *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, 1964, p. 65 e ss., máx. 87.

⁽¹⁵⁶⁾ FEZAS VITAL; *Poder discricionário e recurso directo de anulação*, cit. por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA; Op. cit., p. 268.

⁽¹⁵⁷⁾ A expressão é de J. J. GOMES CANOTILHO; *Fidelidade à República ou fidelidade à NATO?*, p. 191.

por outro lado, remeter o agente para um juízo de prognose ou de valoração baseado em conhecimentos das ciências exactas ⁽¹⁵⁸⁾. Qualquer destas remissões tem natureza distinta do poder discricionário conferido nas normas permissivas pois não conferem ao agente um poder de escolha em sentido próprio ⁽¹⁵⁹⁾.

A discricionariedade técnica é uma expressão que tradicionalmente designa uma actividade vinculada mas insindicável contenciosamente. Esta tese foi inicialmente defendida por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA com o fundamento de que «quando há lugar à qualificação técnica, não pode normalmente, o Tribunal, que só lida com a técnica jurídica, apreciar se as regras de uma ou outra arte foram bem aplicadas e por isso, em regra é definitiva a qualificação dada pelo agente, a quem a lei atribui então a qualidade de perito. Aqui não há discricionariedade perante a lei e, no entanto, a fiscalização contenciosa é impossível» ⁽¹⁶⁰⁾.

A tese citada não deixa de ter na sua génese uma concepção das funções de Estado que distingue «actividades com conteúdo jurídico» e «actividades sem conteúdo jurídico» ⁽¹⁶¹⁾. Na sequência desta ideia defendia MARCELLO CAETANO a individualização, dentro das funções de Estado, de uma função técnica com carácter não jurídico ⁽¹⁶²⁾. Dentro desta linha de pensamento seria possível defender-se um regime de não sindicabilidade judicial da actividade técnica pois os tribunais teriam por função garantir o respeito pela ordem jurídica de modo que estas questões os transcendiam.

Actualmente é pacífico na doutrina que a função técnica não tem autonomia ⁽¹⁶³⁾. Poderá até defender-se que «em todas as funções do Estado há

⁽¹⁵⁸⁾ Neste sentido, ALDO PIRAS; Op. e loc. cit..

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr., ALDO SANDULLI; *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles 1989, p. 593, cfr. ainda supra, n. 126.

⁽¹⁶⁰⁾ ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA; Op. cit., p. 268; foi esta a tese adoptada pela jurisprudência, cfr. Ac. S.T.A. (1.ª secção) de 28/7/77 (in *Acórdãos Doutrinários* n.º 196) e Ac. S.T.A. (pleno) de 22/7/83 (A.D. 265). Cfr. as posições de ALBERTO P. XAVIER; Op. cit., p. 374 e DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Direito Administrativo*, vol. II, p. 175.

⁽¹⁶¹⁾ Esta foi a tese defendida por MARCELLO CAETANO; *Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional*, tomo I, Coimbra 1989, p. 158.

⁽¹⁶²⁾ Sobre a teoria das funções de Estado defendida por MARCELLO CAETANO, cfr. idem, p. 157 e ss..

⁽¹⁶³⁾ Cfr., DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, p. 45 e J. M. SÉRVULO CORREIA; *Noções de Direito Administrativo*, vol. I, p. 29. O próprio MARCELLO CAETANO apesar de tudo já defendia que «a cada passo o jurídico e não jurídico surgem a par e se interpenetram»; idem, p. 158.

hoje em dia uma dimensão ou componente técnica» ⁽¹⁶⁴⁾, de modo que o técnico e o jurídico constituem apenas duas faces da mesma moeda. A tese de ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA não explora totalmente as premissas em que se baseia pois a actividade de um tribunal administrativo não é diversa daquela que é desempenhada por um tribunal cível quando se vê confrontado com questões de natureza técnica e nunca foi levantado o problema da inaptidão destes últimos para decidir questões de ordem técnica ⁽¹⁶⁵⁾. Se na época em que foi defendida, salvo o devido respeito, não seria sustentável de «iure constituendo», hoje não é válida de «iure condicto» por força do artigo 14.º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos ⁽¹⁶⁶⁾ que estipula a possibilidade dos tribunais administrativos poderem fazer-se assistir por técnicos sempre que o objecto do processo envolva conhecimentos especializados.

Posto isto, pode dizer-se que a separação de poderes entre a Administração e Justiça que constitui aquilo que se poderia designar pela «linha maginot» do Estado do Direito e que tem vindo a conhecer diversos contornos desde a revolução francesa assume novamente traçado diverso.

Deste modo, e restringindo-nos ao tema delimitado para este trabalho, a divisão fundamental a empreender não é aquela que separa matérias jurídicas de matérias não jurídicas mas deve atender à natureza dos juízos para os quais a lei remete o agente. A principal distinção a levar a cabo é entre «juízos de diagnose» e «juízos de prognose» ⁽¹⁶⁷⁾.

Quanto aos primeiros, uma vez que se trata de provar a ocorrência de facto, nada obsta ao conhecimento total da matéria pelos tribunais. Quanto aos segundos, citando BARBOSA DE MELO, «na hipótese da ausência de critérios ou paradigmas pré-constituídos e tornados públicos, onde é que o juiz, para apreciar e controlar a decisão administrativa, iria buscar as máximas da decisão senão à sua própria vontade ou razão?» ⁽¹⁶⁸⁾. Uma vez que

⁽¹⁶⁴⁾ DIOGO FREITAS DO AMARAL; *ibidem*.

⁽¹⁶⁵⁾ Em sentido diverso, F. AZEVEDO MOREIRA; *Op. cit.*, p. 73.

⁽¹⁶⁶⁾ Aprovada pelo Decreto-Lei n.º 267/85 de 16 de Julho; *cfr.*, art. 12.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Decreto-Lei n.º 129/84 de 27 de Abril).

⁽¹⁶⁷⁾ Neste sentido, AFONSO QUEIRÓ; *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, p. 582.

⁽¹⁶⁸⁾ A. BARBOSA DE MELO; *Introdução às formas de concertação social*, p. 110. No mesmo sentido, J. M. SÉRVULO CORREIA defende que «a repetição do juízo de prognose pelo tribunal administrativo apenas faria suceder um segundo a um primeiro juízo subjectivo sem nada acrescentar quanto a garantias de legalidade, por se estar numa área em que

o juízo a efectuar será necessariamente subjectivo, então deverá prevalecer o juízo da Administração porque é o órgão que está dotado de legitimidade democrática, ainda que indirecta ⁽¹⁶⁹⁾, ao invés do juiz que está absolutamente carecido de legitimidade democrática ⁽¹⁷⁰⁾.

Se no primeiro caso se poderia citar HANS RUPP quando defende que «também o juiz, tal como o funcionário administrativo não é um ser sobre-humano e pode cometer erros. No entanto, quem daí pretender retirar a fórmula que por vezes se houve, segundo a qual não há qualquer vantagem em substituir uma decisão problemática da Administração por uma decisão judicial não menos problemática mostra não ter compreendido não só a função da independência dos juízes como também o sentido da divisão dos poderes no Estado-de-Direito democrático» ⁽¹⁷¹⁾, já quanto ao segundo caso poder-se-ia citar o seguinte trecho de MONTESQUIEU: «os Molossos, não sabendo como limitar o poder de um só, criaram dois reis: e com isso enfraqueceram o Estado, mais ainda que o governo; pretendiam estabelecer dois rivais, mas criaram dois inimigos» ⁽¹⁷²⁾.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, embora permaneça fiel à doutrina da assimilação dos conceitos jurídicos indeterminados pela figura da discricionariedade técnica e respectiva insindicabilidade, tem esboçado uma ténue sensibilidade para a necessidade de distinguir juízos certificatórios de juízos de valoração ⁽¹⁷³⁾ quando chama a atenção para a distinção entre veracidade ou realidade dos factos e a valoração que destes foi feita pela Administração, pronunciando-se pela sindicabilidade do primeiro aspecto e insindicabilidade quanto ao segundo ⁽¹⁷⁴⁾.

Apesar dos juízos de prognose revestirem carácter tendencialmente subjectivo necessitam contudo de um mínimo de objectividade ⁽¹⁷⁵⁾, o cri-

não cumpre, nem é objectivamente possível, medir o conteúdo da decisão segundo parâmetros legais»; «*Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*», p. 475.

⁽¹⁶⁹⁾ Cfr. supra, 2.3, máx. n. 71.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr., sobre esta questão, a rápida mas incisiva apreciação de ROGÉRIO E. SOARES; *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, p. 181.

⁽¹⁷¹⁾ Cit., por F. AZEVEDO MOREIRA; Op. cit., p. 66.

⁽¹⁷²⁾ Cit., por DIOGO FREITAS DO AMARAL; *Uma solução para Portugal*, Lisboa 1985, p. 62.

⁽¹⁷³⁾ Cfr., Acs. S.T.A. (1.ª secção) de 2/5/85 (in *Acórdãos Doutriniais* n.º 288, p. 1357), de 20/10/87 (A.D. 325, p. 1499) e de 9/3/89 (A.D. 337, p. 27).

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr., em especial, Ac. de 9/3/89 cit., p. 28.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. supra, n. 128.

tério para aferir o mínimo de objectividade exigível é fornecido por AFONSO QUEIRÓ nos seguintes termos: o tribunal pode sindicar a valoração dos factos realizada pela Administração quando esta «for tão evidentemente errónea que até um não-técnico está autorizado a contradizê-la» ⁽¹⁷⁶⁾. Este critério encontra consagração jurisprudencial na figura do «erro manifesto» de apreciação ⁽¹⁷⁷⁾. O «erro manifesto» deve ser entendido como um afloramento da tentativa de procurar estabelecer o ponto de equilíbrio entre Administração e Jurisdição, ou entre «eficiência e garantia da juridicidade» ⁽¹⁷⁸⁾ que a doutrina reclama como necessário num Estado de Direito ⁽¹⁷⁹⁾. Por este motivo, e apesar das críticas feitas à jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, a opção por um modelo de controlo limitado não implica que os tribunais se recusem a exercer o controlo em situações de «erro manifesto» de apreciação ⁽¹⁸⁰⁾.

Pelo contrário, é a doutrina que defende a sindicabilidade total da decisão administrativa de densificação dos conceitos indeterminados ao sustentar que existem «folgas de livre apreciação» com carácter meramente excepcional ⁽¹⁸¹⁾ que «deixa fugir pela janela aquilo que fez entrar pela porta». Se bem analisadas todas as «zonas» nas quais, para estes autores, se justifica a existência de uma prerrogativa de livre apreciação, e independentemente da bondade dos argumentos apontados, se reconduzem

⁽¹⁷⁶⁾ AFONSO QUEIRÓ; *Lições de Direito Administrativo*, vol. I, p. 583. A referência aqui feita não deixa de ser um afloramento da doutrina que alude ao critério do «bom pai de família»; sobre esta doutrina, cfr. J. ANTUNES VARELA; *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra 1986, p. 528.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr., v.g., Acs. S.T.A. (1.ª secção) de 20/10/87 (in «*Acórdãos Doutrinais*» n.º 325, p. 1489); e de 9/3/89 (A.D. 337, p. 28). Neste trabalho defende-se não só a possibilidade de controlo do «erro manifesto» na verificação como na valoração dos pressupostos.

⁽¹⁷⁸⁾ Usamos uma expressão de A. BARBOSA DE MELO; *Direito Administrativo II*, p. 66.

⁽¹⁷⁹⁾ A necessidade de existência deste equilíbrio é expressamente professada por JEAN RIVERO; *Direito Administrativo* (tradução portuguesa), Coimbra 1981, p. 94. Aliás, a doutrina da separação de poderes, pelo menos na sua vertente liberal, era antes de mais uma tentativa de equilíbrio de poderes, cfr. NUNO PIÇARRA; *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 104 e ss..

⁽¹⁸⁰⁾ No sentido de que o controlo do «erro manifesto» é contraditório com o princípio da limitação dos poderes cognitivos, LUISA DUARTE; Op. cit., p. 38; posição da qual aqui nos desviamos, apesar de também não perfilharmos totalmente as posições do S.T.A. conforme referido.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. supra 2.3., máx. n. 90.

a situações que implicam juízos de prognose. Deste modo não devem ser consideradas meramente excepcionais mas, pelo contrário, um afloramento de um princípio segundo o qual os conceitos indeterminados cujo preenchimento implica um juízo de prognose consubstanciam uma delegação de tarefas por parte do legislador na Administração.

Conclusões

Terminado o estudo a que procedemos e que relatamos ao longo deste texto, e conscientes de que não nos devemos precipitar em formular conclusões definitivas em questões essenciais ⁽¹⁸²⁾, cremos ser possível sintetizar as ideias expostas nos seguintes termos:

1. Os conceitos indeterminados são conceitos cujo sentido e extensão são em larga medida incertos.
2. Os conceitos indeterminados consubstanciam uma parcela do Ordenamento Jurídico na qual a hermenêutica assume características específicas na medida em que se afigura impossível aos órgãos aplicadores do Direito proferirem uma decisão mediante a simples subsunção de uma situação da vida a uma premissa legal.
3. O problema da interpretação de conceitos indeterminados é comum aos vários ramos de Direito.
4. No Direito Civil releva em sede de interpretação e sindicabilidade das cláusulas contratuais gerais.
5. No Direito Penal levanta-se o problema da colisão destes conceitos com o princípio «nullum crimen sine lege certa».
6. No Direito Administrativo assiste-se ao debate em torno da questão de saber, à luz dos princípios constitucionais do Estado de Direito e da Separação de poderes, qual o órgão preferencialmente legitimado para proceder à sua concretização (Administração ou Juiz?).
7. As indeterminações normativas podem ser reduzidas a dois géneros básicos.
8. O primeiro compreende as indeterminações relativas à estrutura da norma.

(182) Conforme a sábia admoestação de HERACLITO.

9. O segundo reporta-se às indeterminações que resultam do modo de formulação da norma.

10. As indeterminações estruturais correspondem às normas permissivas, isto é, aquelas cujo elemento de ligação se traduz num «pode».

11. As indeterminações conceituais resultam da circunstância dos textos legais compreenderem expressões cujo exacto conteúdo só pode ser fixado mediante uma prévia operação de «preenchimento valorativo».

12. As indeterminações conceituais podem ser de uma de duas espécies.

13. Os conceitos indeterminados correspondem a uma tipificação casuística da situação a regular mas o seu conteúdo é incerto ou incompleto.

14. As cláusulas gerais correspondem a uma tipificação dotada de elevado grau de generalidade e abstracção.

15. Os conceitos indeterminados, quanto ao complexo referencial, podem ser normativos ou descritivos consoante se reportem a valores ou a dados de experiência.

16. Os conceitos indeterminados, quanto ao método de concretização, podem ser vinculantes ou discricionários consoante o seu preenchimento deva ser objectivo ou subjectivo.

17. Os conceitos indeterminados, quanto à natureza da imprecisão, podem ser conceitos classificatórios ou conceitos indeterminados-tipo consoante se reportem a situações individualizáveis como constitutivas de uma classe ou se pretendem apenas dar uma imagem significativa de um grupo de situações.

18. A análise do problema da interpretação e densificação dos conceitos indeterminados pela doutrina jusadministrativista tem andado ligado ao estudo do poder discricionário.

19. Historicamente manifestaram-se duas teses antagónicas sobre esta matéria.

20. As teorias monistas defendiam que os conceitos indeterminados conferiam um poder discricionário à Administração.

21. Esta doutrina era inspirada metodologicamente pela Jurisprudência dos Conceitos na medida em que sendo a Ordem Jurídica auto-suficiente, esta questão, não podendo ser resolvida mediante o texto da lei, era um problema extra-jurídico.

22. Encontrava fundamento político-constitucional na monarquia limitada e na subsequente legitimidade autocrática da Administração

Pública visto que a solução não decorria da lei a Administração agia no âmbito de um poder próprio do seu órgão superior (: o rei).

23. As doutrinas dualistas defendem que a interpretação de conceitos indeterminados e poder discricionário são realidades conceitualmente diferentes porque a interpretação é sempre a reconstrução da «mens legis» mesmo perante a insuficiência do respectivo texto, enquanto o poder discricionário é sinónimo de liberdade perante aquela.

24. Esta doutrina era inspirada metodologicamente pela Jurisprudência dos Interesses na medida em que sempre que os textos legais eram redigidos com recurso a conceitos indeterminados obrigavam o intérprete a uma ponderação dos interesses tidos em conta pelo legislador para, o próprio intérprete, completar a norma.

25. Político-constitucionalmente esta doutrina encontra o seu fundamento numa ideia de submissão global da Administração ao Parlamento.

26. A realidade jurídica e política actual obriga a um entendimento diverso do problema.

27. Actualmente as eleições parlamentares tem por objectivo a legitimação, ainda que indirecta, do Governo, órgão superior da Administração Pública, daí a legitimidade democrática desta.

28. A Administração Pública é hoje uma Administração fortemente «prestadora» e não somente «agressiva».

29. O legislador não consegue dominar ao pormenor todos os aspectos da intervenção estadual e por isso recorre frequentemente ao uso de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais na redacção dos seus diplomas, aprovando «normas abertas».

30. A Jurisprudência das Valorações é o método jurídico que actualmente melhor fundamenta e explica o fenómeno jurídico.

31. Esta escola rompe com o formalismo-logicista e a concepção da plenitude da Ordem Jurídica, defendendo a necessidade de valorações adicionais do intérprete em certos casos.

32. Os conceitos indeterminados consubstanciam uma ausência de valoração legislativa e por esse motivo obrigam o intérprete-aplicador a proceder a valorações adicionais.

33. O «mapa» actual das indeterminações compreende, por um lado as indeterminações estruturais que conferem um poder discricionário à Administração.

34. Do outro lado situam-se os conceitos classificatórios cuja indeterminação é superável mediante simples interpretação.

35. «Entre» aquelas duas zonas situam-se os conceitos indeterminados-tipo em relação aos quais a doutrina não é pacífica.

36. Alguns autores defendem continuarem-se a tratar de meras questões interpretativas, salvo em casos muito excepcionais.

37. Outros autores defendem a necessidade de se proceder a juízos de valoração autónoma ou de prognose.

38. A interpretação, embora distinta do poder discricionário, não esgota na realidade todo o problema da densificação dos conceitos indeterminados.

39. As doutrinas metodológicas formalistas, nas quais se compreende ainda a Jurisprudência dos Interesses, não explicam fielmente o fenómeno da aplicação do Direito.

40. As premissas de um «silogismo» não são comportamentos estanques mas, pelo contrário, cada um deles é auxiliar na determinação exacta do outro.

41. Embora interpretação da lei e subsunção dos factos sejam tarefas conceitualmente distintas são sinalagmaticamente complementares.

42. A interpretação é uma tarefa vinculada e tem por objecto a determinação exacta do fim do acto administrativo.

43. A subsunção implica um juízo de valoração autónomo do aplicador do Direito.

44. Nesta medida os conceitos indeterminados representam um fenómeno de delegação na Administração da tarefa de proceder a um juízo de valoração ou prognose.

45. A valoração autónoma é uma competência «natural» de quem aplica o Direito na medida em que este necessita também de uma tarefa de «experimentação» para a sua aplicação, daí falar-se em «irredutível margem de livre apreciação».

46. As decisões administrativas de densificação de conceitos indeterminados vão formando uma jurisprudência vinculativa para a Administração por respeito ao princípio constitucional da igualdade.

47. O princípio do Estado de Direito obriga a uma densidade mínima das normas jurídicas, densidade que se reporta aos elementos essenciais da matéria.

48. Só o legislador tem legitimidade para decidir até onde quer levar a abertura e a correlativa densidade das normas que aprova.

49. Mas as aberturas normativas conferem sempre uma competência à Administração relativamente à sua concretização.

50. A discricionariedade e a actividade de densificação de conceitos indeterminados podem ser integradas no género «autonomia pública» ou «margem de livre decisão».

51. Os juízos de prognose implicam a adopção de um critério material a fim de garantirem a observância do princípio constitucional da imparcialidade.

52. Deste modo, deve-se começar sempre pelos dados objectivos e só esgotados estes se deve passar à estimativa propriamente dita.

53. Ao lado da discricionariedade clássica de decisão com carácter volitivo pode falar-se duma discricionariedade de apreciação com natureza cognitiva.

54. A aproximação entre estas figuras não representou o regresso às teorias monistas referidas mas a passagem do poder discricionário para o hemisfério da juridicidade.

55. Princípio da juridicidade identifica a submissão da Administração Pública ao Direito nos sistemas políticos actuais que é uma submissão ao Ordenamento Jurídico em geral e não somente à lei parlamentar.

56. Neste sentido, a Administração está sempre vinculada às normas e princípios constitucionais sobre a sua actividade e ao respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

57. O cerne deste tema passa pela definição da linha divisória entre as questões judiciáveis e as não judiciáveis.

58. A jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo tem integrado os conceitos indeterminados na figura da discricionariedade técnica ao lado da remissão para normas técnicas.

59. A mesma jurisprudência qualifica a interpretação de conceitos indeterminados como uma decisão vinculada mas insindicável pois, embora se trate de uma actividade estritamente jurídica no plano teórico, implica o recurso a conhecimentos técnicos aos quais só a Administração tem acesso.

60. Esta jurisprudência parte da premissa segundo a qual os conceitos indeterminados se reportam sempre a questões técnicas.

61. Contudo, na realidade, existem conceitos fixos para definir categorias técnicas e conceitos indeterminados reportáveis a outras realidades.

62. A expressão discricionariedade técnica não é fidedigna porque no fundo identifica uma actividade vinculada, será então preferível falar-se em «remissão para normas técnicas».

63. A remissão em causa pode ter o objectivo de remeter o agente quer para um juízo de certificação quer para um juízo de valoração.

64. A expressão discricionariedade técnica tem na sua génese uma ideia de antinomia entre Direito e técnica.

65. O direito positivo português possibilita aos tribunais administrativos o conhecimento de questões técnicas.

66. A distinção essencial a efectuar é aquela que separa os juízos de diagnose dos juízos de prognose.

67. Quanto aos primeiros, uma vez que se trata de constatar uma simples existência ou ocorrência, nada obsta ao conhecimento total da decisão pelos tribunais.

68. Quanto aos segundos, posto que serão sempre e necessariamente juízos subjectivos, então deverá prevalecer a decisão do órgão que está legitimado democraticamente ainda que de modo indirecto.

69. A jurisprudência, nalguns arestos, já vem demonstrando alguma sensibilidade para esta distinção.

70. Uma vez que os juízos de prognose necessitam de um mínimo de objectividade, os tribunais podem anular não só a certificação como a própria valoração dos factos realizada pela Administração em caso de «erro manifesto».

71. O «erro manifesto» é um afloramento da busca do ponto de equilíbrio entre Administração e Jurisdição.

72. As «zonas» de livre apreciação que as doutrinas do controlo total defendem ser excepcionais são apenas o afloramento de um princípio geral segundo o qual os conceitos indeterminados cuja concretização implica um juízo de prognose configuram uma delegação desta tarefa por parte do legislador na Administração.

Bibliografia ⁽¹⁸³⁾

ALMEIDA, Luís Crucho de; *Assembleia Nacional*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. I, Lisboa 1990.

AMARAL, Diogo Freitas do; *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra 1987.

— *Direito Administrativo* (policopiado), vol. II, Lisboa 1988.

(183) As obras assinaladas com (*) foram citadas a título meramente informativo.

- *Direito Público*, in *Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. II, Lisboa 1984.
- (*Princípio da*) *Legalidade*, in *Polis*, vol. III, Lisboa 1985.
- *Uma solução para Portugal*, Lisboa 1985 (*).
- ANDRADE, José Carlos Vieira de; *O ordenamento jurídico administrativo português*, in *Contencioso administrativo*, Braga 1986.
- *Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*, Coimbra 1987.
- *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Coimbra 1991.
- ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de; *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das leis*, Coimbra 1934.
- CAETANO, Marcello; *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra 1984.
- *Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra 1989.
- *O problema do método no Direito Administrativo Português*, in *O Direito*, ano 106.º-119.º, Lisboa 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra 1982.
- *Direito Constitucional*, Coimbra 1991.
- *Fidelidade à República ou fidelidade à NATO?*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º especial 1984.
- CARDONA, Maria Celeste; *O regime e a natureza da discricionariedade imprópria e da discricionariedade técnica*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa (Março) 1985 (*).
- CLARO, João Martins; *O princípio da igualdade*, in *Nos dez anos da Constituição*, Lisboa 1986 (*).
- CORDEIRO, António de Menezes; *Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. I, Lisboa 1984.
- *A decisão segundo a equidade*, in *O Direito*, ano 122.º, Lisboa 1990 (*).
- *Tendências Actuais da Interpretação da Lei: do Juiz-Autómata aos Modelos de Decisão Jurídica*, in *Revista Jurídica* n.º 9/10, Lisboa 1987.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo; *Noções de Direito Administrativo*, vol I, Lisboa 1982.
- *Interpretação administrativa das leis*, in *A feitura das leis*, vol II, Oeiras 1986.
- *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Lisboa 1987.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal* in *Jornadas de Direito Penal — O novo Código de Processo Penal*, Coimbra 1989.
- DUARTE, M.^a Luísa; *A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 370, Lisboa 1987.
- DUVERGER, Maurice; *Os grandes sistemas políticos* (tradução portuguesa de F. Ruivo), Coimbra 1985.
- ENGLISH, Karl; *Introdução ao Pensamento Jurídico* (trad. portuguesa de J. B. Machado), Lisboa 1988.
- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de; *Lições de Direito Penal*, vol. I, Lisboa 1988.

- HECK, Philip; *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses* (trad. portuguesa de J. Osório), Coimbra 1947.
- HORSTER, Heinrich E.; *Direito Privado*, in *Polis*, vol. II, Lisboa 1984.
- KELSEN, Hans; *Teoria Pura do Direito* (trad. portuguesa de J. B. Machado), Coimbra 1984 (*).
- LAMEGO, José; *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa 1990.
- LARENZ, Karl; *Metodologia da Ciência do Direito* (tradução portuguesa de J. Lamego), Lisboa 1989.
- MACHADO, João Baptista; *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra 1990.
- MACHETE, Rui Chancerelle de; *Contencioso Administrativo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. II, Lisboa 1990.
- MELO, António Barbosa de; *Introdução às formas de concertação social*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano LIX, 1983.
- *Direito Administrativo II — A protecção dos cidadãos perante a Administração Pública* (policopiado), Coimbra 1986.
- MENDES, João de Castro; *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa 1984.
- MIRANDA, Jorge; *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, Lisboa 1968.
- *Ciência Política* (policopiado), Lisboa 1983.
- *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, Coimbra 1985.
- *Funções, órgãos e actos do Estado* (policopiado), Lisboa 1990.
- MONCADA, Luís Cabral de; *A reserva de lei no actual Direito Público Alemão*, in *Estado e Direito*, n.º 7/10, Lisboa 1990.
- MOREIRA, Fernando Azevedo; *Conceitos indeterminados: sua sindicabilidade contenciosa*, in *Revista de Direito Público*, n.º 1, Lisboa 1985.
- NEVES, António Castanheira; *Escola da Exegese*, in *Polis*, vol II, Lisboa 1984.
- *Jurisprudência dos interesses*, in *Polis*, vol. III, Lisboa 1985.
- *Método Jurídico*, in *Polis*, vol IV, Lisboa 1986.
- NOVAIS, Jorge Reis; *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra 1987 (*).
- OTERO, Paulo; *Conceito e fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra 1992.
- PEREIRA, André Gonçalves; *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa 1962.
- PIÇARRA, Nuno; *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra 1989.
- *A reserva de Administração*, in *O Direito*, ano 122.º, Lisboa 1990.
- PIRAS, Aldo; *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopédia del Diritto*, vol. XIII, 1964.
- PIRES, Francisco Lucas; *Teoria da Constituição de 1976 — A transição dualista*, Coimbra 1988.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues; *O poder discricionário da Administração*, Coimbra 1944.
- *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano XLI, 1965.
- *Lições de Direito Administrativo* (policopiado), vol. I, Coimbra 1976.

- RIVERO, Jean; *Direito Administrativo* (trad. portuguesa de R. Soares), Coimbra 1981.
- ROCHA, Manuel Lopes; *Aplicação da lei criminal no tempo e no espaço*, in *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa 1984.
- SANDULLI, Aldo; *Manuale di Diritto Amministrativo*, Nápoles 1989.
- SILVA, Nuno Espinosa Gomes da; *Jurisprudência dos Conceitos*, in *Polis*, vol. III, Lisboa 1985 (*).
- SOARES, Rogério Ehrhardt; *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra 1955.
- *Direito Administrativo I* (policopiado), Porto s.d. (mas 1980).
- *Princípio da legalidade na administração constitutiva*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano LVII, 1981.
- *Sentido e limites da função legislativa no Estado contemporâneo*, in *A feitura das leis*, vol. II, Oeiras 1986.
- SOUSA, António Francisco de; *A discricionariedade administrativa*, Lisboa 1987.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; *Direito Constitucional I — Introdução à Teoria da Constituição*, Braga 1979.
- VARELA, João de Matos Antunes; *Manual de Processo Civil*, Coimbra 1985.
- *Das Obrigações em geral*, vol. I, Coimbra 1986 (*).
- WEIL, Prosper; *O Direito Administrativo* (trad. portuguesa de M. G. Pinto), Coimbra 1977.
- XAVIER, Alberto Pinheiro; *Conceito e natureza do acto tributário*, Coimbra 1972.